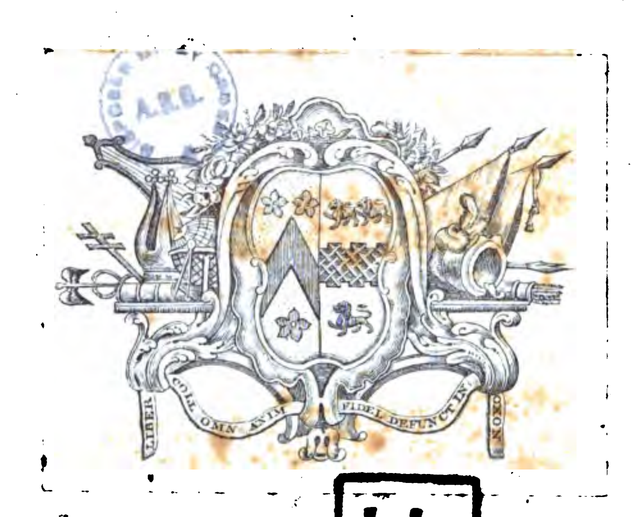
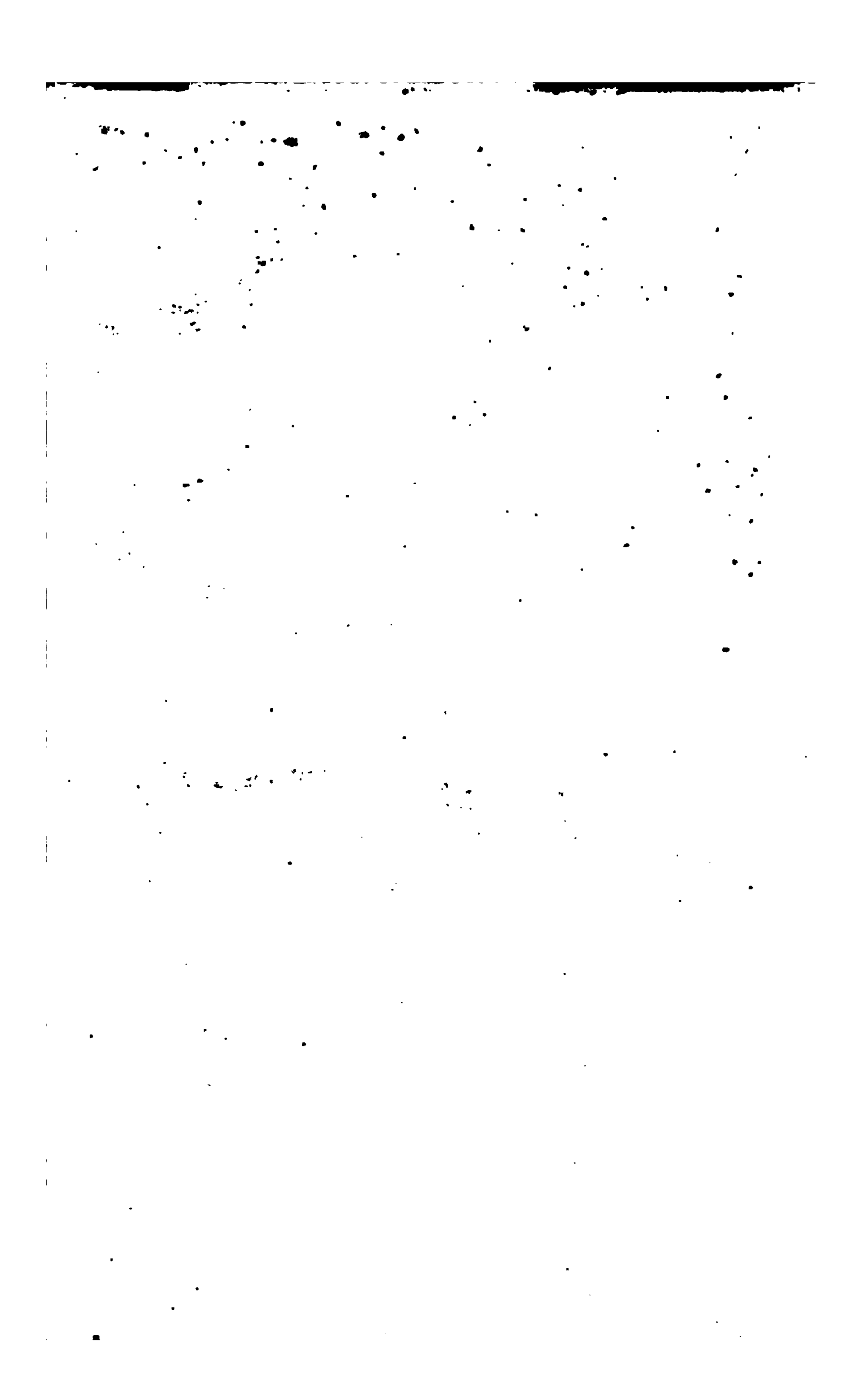
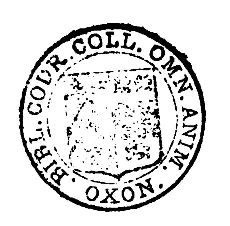





LIBER
COLL. OMN. ANIM
FIDEL. DEFUNCT. IN
OXON.





INSTITUTIONEN UND GESCHICHTE

DES

RÖMISCHEN RECHTS

VON

DR. JOHANNES EMIL KUNTZE
A. O. PROFESSOR DER RECHTE A. D. UNIVERSITÄT LEIPZIG

ERSTER BAND

CURSUS DES RÖMISCHEN RECHTS



LEIPZIG
J. C. HINRICHS'SCHE BUCHHANDLUNG
1869.

CURSUS

DES

RÖMISCHEN RECHTS

LEHRBUCH

FÜR DEN ACADEMISCHEN GEBRAUCH

VON

DR. JOHANNES EMIL KUNTZE

A. O. PROFESSOR DER RECHTE A. D. UNIVERSITÄT LEIPZIG

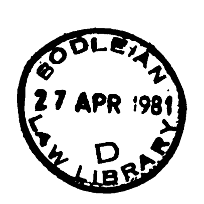


LEIPZIG

J. C. HINRICHS'SCHE BUCHHANDLUNG

1869.





Vorwort.

Das Bedürfniß, ein Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Röm. Rechts zu besitzen, welches die leidige Sorge des Dictirens völlig erspart, ohne den Anfänger durch Massenhaftigkeit abzuschrecken, hat diesen, zwischen Leitfaden und Handbuch die Mitte haltenden, Cursus hervorgerufen.

Die Einrichtung desselben weicht mehrfach von der üblichen ab, namentlich da, wo sie das veränderte Verhältniß unsres Rechtszustands zur formalen Geltung des *Corpus juris civilis* ausdrückt. Von dem Augenblick an nämlich, wo diese Geltung aufgehört hat, ist das Herkommen, mit Justinianischem Recht zu beginnen, ungerechtfertigt; denn nachdem der praktische Anlaß, bei Justinian und in Constantinopel einzusetzen, weggefallen ist, tritt das Postulat, unmittelbar von Rom selbst das classische Recht zu holen und antiken Geist auf der Höhe der classischen Jurisprudenz zu studieren, in sein volles Recht. Darum muß im academischen Studium fortan der classische Ausgangspunkt gewählt und dahin gestrebt werden, alle Momente der nachclassischen Rechtsbildung der Pandektendisciplin zu überlassen. — Sollte nicht endlich das *judicium finium regundorum*, welches seit Jahrhunderten zwischen Institutionen und Pandekten schwebt, so zum Austrag kommen?

Auch in den einzelnen Abschnitten lege ich auf die Systematik, in welcher der Stoff, wie in der Physiognomie der Geist, zu Tage tritt, besonderen Werth. Wenn ich z. B. mit Puchta das Vormundschaftsrecht aus dem Familienrecht verweise, das Pfandrecht im Widerspruch mit neueren Lehrbüchern nicht in das Obligationen-, sondern in das Sachen-Recht stelle, die Manusehe nicht vor, sondern nach der Potestas behandle, im Erbrecht einen s. g. allgemeinen Theil formire und die Intestaterbfolge der testamentarischen hintansetze: so bin ich dabei durch dogmatische Grundsätze geleitet worden.

Trotz trefflicher Leistungen im Ganzen und Einzelnen ist doch ein Compendium der Rechtsgeschichte, so wie es gerade der academische Gebrauch erheischt, seit lange ein Bedürfniß; dafür, daß ich

solches mit dem System in Einem Buch verbunden habe, wird man keine besondere Motivirung von mir erwarten. Ueber die periodische Anordnung des Geschichtsstoffs, die in Manchem das Herkömmliche verlassen hat, gibt das Buch selbst genügenden Aufschluß. Das specifische Sacral-, Finanz-, Polizei-, Münz-, Criminal- und Militärwesen ist ausgeschlossen geblieben; alles das würde in eine besonders zu formirende Disciplin des Röm. Staatsrechts gehören, woran es freilich in unserem Cursus academischer Disciplinen bis jetzt leider noch fehlt. Dagegen glaubte ich, durch eine ausführliche Darstellung des Civilprocesses mir den Dank Vieler zu erwerben, da neuerdings das literarische Material darüber beträchtlich und gewinnreich angewachsen ist.

Auch im System bin ich bemüht gewesen, das Recht in seiner ganzen geschichtlichen Bewegung, nicht bloß durch die Gesetzgebung, sondern auch durch die Dogmengeschichte (der Kaiserzeit) hindurch zur Anschauung zu bringen: diesem Zweck soll namentlich auch die häufige Beifügung Römischer Juristennamen zu den Quellencitaten dienen. Im Uebrigen habe ich mich bei deren Auswahl durch den Plan leiten lassen, solche und so viele Stellen anzuführen, als bei einem fleißigen Privatstudium ohne allzugroße Beschwerde nachgeschlagen und auch von Anfängern schon geistig beherrscht werden können.

Oft und gern habe ich mit den eignen Worten citirter Vorgänger geredet, wo diese Worte mir besonders einfach und treffend schienen; mir schwebte dabei jene wohlbewährte Sitte Römischer Juristen vor, welche in wissenschaftlicher Handreichung *(„per manus tradere")* von Generation zu Generation Continuität und Metrum wahrte und zur typischen Befestigung der werdenden Dogmen wirksam beitrug.

Die tabellarische Uebersicht des Inhalts, welche gegeben ist, kann in der Hauptsache das Register ersetzen, doch soll ein solches, alphabetisch geordnet und beide Bände umfassend, den Excursen angehängt werden.

Leipzig, im März 1869.

Dr. J. E. Kuntze.

Tabellarische Uebersicht des Inhalts.

Allgemeine Einleitung
in die
Rechtswissenschaft.

Erster Abschnitt.
Wesen und Wissenschaft des Rechts im Allgemeinen.

Zweiter Abschnitt.
Geist und Studium des Römischen Rechts.

ERSTER THEIL.
Die Geschichte des Römischen Rechts- und Staatswesens bis zur Höhe der Römischen Jurisprudenz.

ERSTES BUCH.
Ausgangspunkte und Umrisse.

Erster Abschnitt.
Rom's Vor- und Urzeit.

Zweiter Abschnitt.

Plan und Gliederung der Römischen Rechtsgeschichte.

ZWEITES BUCH.

Die Entwicklungsstufen.

Erste Periode.

Von Ancus Martius bis zur Gesetzgebung der XII Tafeln.
(640—450)

Zweite Periode.

Von der Gesetzgebung der XII Tafeln bis zum ersten Punischen Kriege.
(450—250)

Dritte Periode.

Vom ersten Punischen Kriege bis auf Augustus und Labeo.
(250—1)

Vierte Periode.

Von Augustus und Labeo bis auf Severus Alexander und Modestinus.
(1—250)

ZWEITER THEIL.

Das System des Römischen Privatrechts zur Zeit der classischen Jurisprudenz.

ERSTES BUCH.

Die allgemeinen Lehren des Privatrechts.

Erster Abschnitt.

Die Elemente der Privatpersönlichkeit.

Zweiter Abschnitt.

Die Lebensäußerungen der Privatpersönlichkeit.

Dritter Abschnitt.

Die Reactionen der Privatpersönlichkeit.

ZWEITES BUCH.

Die einzelnen Arten der Privatrechte.

Erster Abschnitt.

Das Sachenrecht.

Erster Titel.

Das Eigenthum.

Zweiter Titel.

Die Servituten.

Dritter Titel.

Das Pfandrecht.

Vierter Titel.

Eigenthumsähnliche Prädialrechte.

Zweiter Abschnitt.

Das Schuldrecht.

Erster Titel.

Die allgemeinen Grundzüge.

Zweiter Titel.

Die einzelnen Schuldarten.

Dritter Abschnitt.

Die Vermögensgewalt.

Erster Titel.

Die Potestas.

Zweiter Titel.

Die Manus und die Dos.

Dritter Titel.

Mancipium und Mancipiumähnliches.

Vierter Titel.

Patronatus.

Vierter Abschnitt.

Das Erbrecht.

Erster Titel.

Die allgemeinen Grundzüge.

Zweiter Titel.

Die einzelnen Successionsarten.

DRITTES BUCH.

Das *Jus militum.*

DRITTER THEIL.

Das nachclassische Recht der Römer.

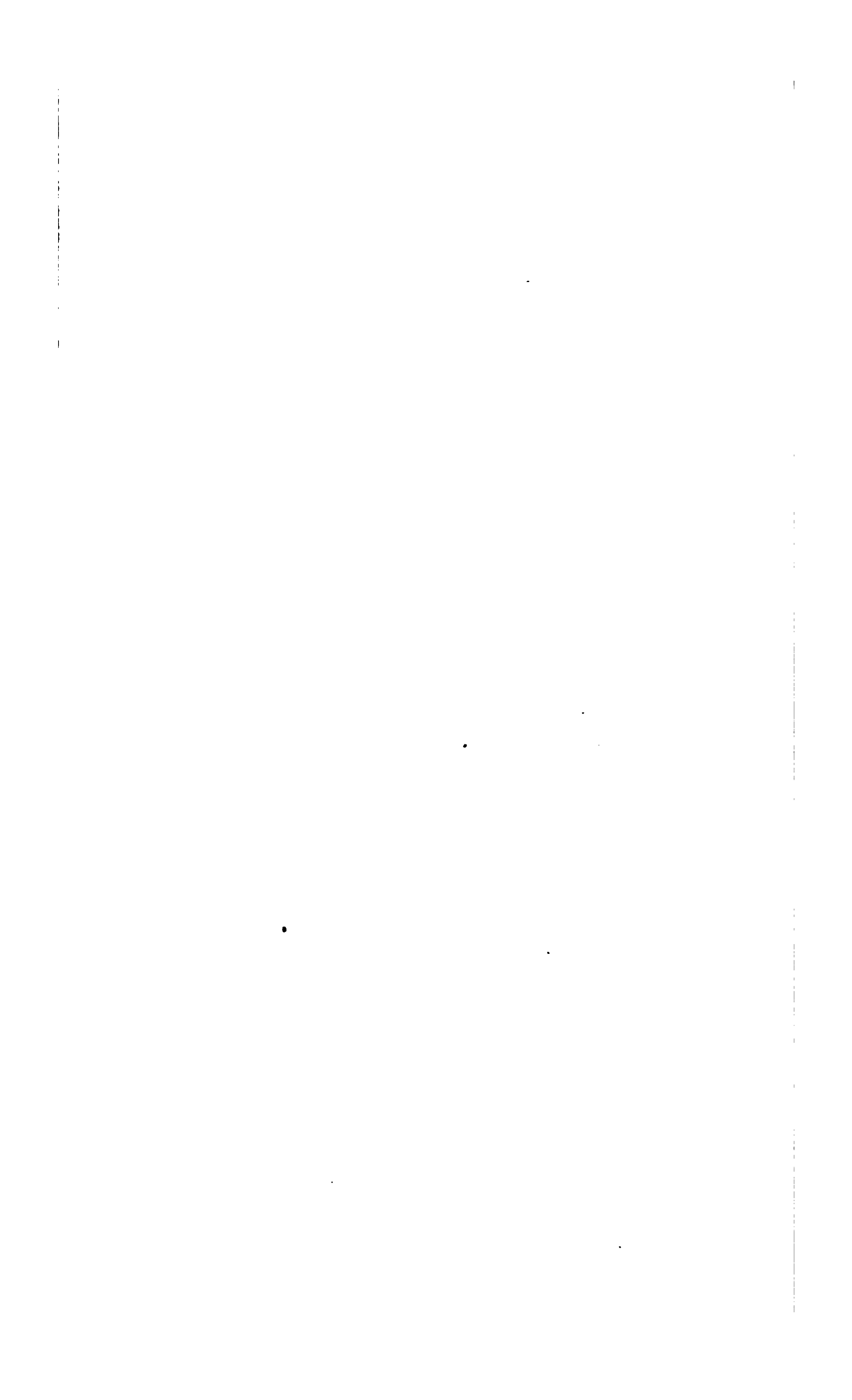
oder

von Diocletian bis Justinian.

Allgemeine Einleitung

in die

Rechtswissenschaft.



Erster Abschnitt.

Wesen und Wissenschaft des Rechts im Allgemeinen.

I. Kapitel.

Die Idee des Rechts.

(Das Rechtssubjekt.)

§ 1] Wir unterscheiden Natur und Geist und stellen demgemäß der Naturwissenschaft die Wissenschaft des Geistes gegenüber. Die letztere umfasst den Kreis der s. g. historischen Wissenschaften und könnte wohl mit Einem Worte als Ethik (im weitern Sinn) bezeichnet werden. Die Naturwissenschaft hat es mit der unfreien Welt, mit deren Gesetzen, Geschöpfen und Erscheinungen zu thun, die Ethik (im bezeichneten Sinn) beschäftigt sich mit freien Wesen, also — abgesehen von der göttlichen Persönlichkeit — mit den Menschen, insofern sie freie Wesen sind, d. h. mit dem menschlichen Geiste, dessen Lebensäußerungen und Entwickelungsgängen.

Die Rechtswissenschaft nun ist eine solche historische oder ethische Wissenschaft, denn ihr Stoff, das Recht, bezieht sich auf den Geist des Menschen.

§ 2] Wir bezeichnen den Geist, indem wir ihn als eine Kraft denken, welche von einem eignen Lebenscentrum aus sich mit innerer Freiheit bewegt, schöpferisch und mit Selbstbewußtseyn bethätigt, als Person. In diesem Sinn ist der Mensch Person, und in der Persönlichkeit des Menschen liegt der allgemeine und letzte Grund des Rechts. Die wahre innere, selbstbewußte Freiheit trägt nämlich, weil sie zugleich centrale Einheit ist, in sich selbst eine Richtschnur, wodurch alle einzelnen Kraftäußerungen oder Lebensmomente (Thaten) im Einklang mit dem Ganzen, d. h. mit dem eignen Lebensprinzip des thätigen Geistes gehalten werden; m. a. W. aus der Freiheit und der Einheit des lebendigen Geistes zusammengenommen ergibt sich die Ordnung seines Lebens.

Eine solche Richtschnur oder Ordnung nun ist auch das Recht, dessen formale Begriffsbestimmung damit gegeben ist. Die specifische Substanz der Rechtsidee aber ermittelt sich aus Folgendem.

§ 3] In der menschlichen Persönlichkeit lassen sich drei Urvermögen unterscheiden, mittels deren sie sich in selbstkräftiger Bethätigung verwirklicht und lebendig erweist: das freie Gefühls- und Einbildungsvermögen oder die Phantasie, das freie Strebungs- und Willensvermögen oder die Energie, und das freie Denk- und Erkenntnißvermögen oder die Intelligenz; m. a. W. das geistige Wesen und Leben des Menschen entfaltet sich in den drei Grundrichtungen oder Dimensionen der Imagination, Action und Speculation, und Phantasie ist die entfaltete Stimmung, Energie die entfaltete Handlung, Intelligenz die entfaltete Erkenntniß des Menschen. Unter diesen ist es die Energie oder Action, worauf das Recht sich bezieht; Energie aber ist dasjenige Urvermögen, durch welches der Mensch auf sich selbst und weiter auf die ihn umgebende Welt bestimmend einwirkt, die Dinge dieser Welt unter seine Herrschaft zieht, sie beeinflusst und gestaltet, kurz: die persönliche Selbst- und Weltbestimmung.

Insofern und so lange diese Wesensentfaltung auf die Grenzen des inneren Selbst (des „Ich" im engsten Sinne) beschränkt bleibt, heißt sie schlechthin Wille oder Entschluß; insofern und sobald sie aber über das Innere hinausgreifend zu einer äußeren und Anderen wahrnehmbaren Thatsache wird, heißt sie Willensäußerung oder Handlung, d. h. die (gleichsam durch die Hand) in die sinnliche Erscheinungswelt fortgepflanzte Strebung des Willens.

Hiernach ist das Recht die Ordnung der Energie oder die Richtschnur des Wollens und Handelns.

§ 4] An sich, d. h. im Zustande völlig gesunder und ungestörter Entwickelung ist diese Ordnung ein der persönlichen Energie immanentes Moment und das sich von selbst ergebende Maß oder Metrum des Handelns; unter diesem Gesichtspunkte kann das Recht definirt werden als die dem Wesen des freien Geistes oder der Persönlichkeit angemessene Art des Wollens und Handelns (*„ars boni et aequi"!*). In der Geschichte aber finden wir diese reine Rechtsidee nirgends, vielmehr erscheint, weil der Mensch in diesem Erdenleben seiner ursprünglichen göttlichen Anlage nicht treu bleibt, sondern unablässig in Leidenschaft und Willkür verfällt, die „Ordnung" wie ein von der „Energie" abgelöstes Moment. Demgemäß gewinnt das Recht das Gepräge einer außer und über den Menschen stehenden transscendenten Ordnung und somit die Bedeutung einer Schranke oder Fessel für den entarteten, egoistischen Menschen.

Vom Standpunkte dieser geschichtlichen Erscheinung der Rechtsidee aus unterscheidet man das s. g. Recht im objectiven Sinn (*norma agendi*), d. h. das Recht als eine über dem einzelnen und augenblicklichen Willen stehende allgemeine und dauernde Ordnung (Rechtsordnung, Gesetz im weitern Sinn, Vorschrift, Ge- und Verbot), und das s. g. Recht im subjectiven Sinn (*facultas agendi*), d. h. das Recht als denjenigen Umkreis des menschlichen Handelns, welcher dem ob-

jectiven Recht entspricht und durch dasselbe gewährt und sanctionirt ist (Rechtsmacht, Rechtsbefugniß, Berechtigung).

§ 5] Da der Mensch nicht bloß als Einzelwesen oder Individuum, sondern zugleich auch als Gemeinwesen, d. h. in historisch-organischem oder genetischem Zusammenhang mit Anderen seines Gleichen, also als Genossenschaft sich entwickelt und bethätigt: so erscheint die menschliche Energie in der zwiefachen Gestalt als Privat- und Communalenergie. Auf beide Gestaltungen erstreckt sich das Recht, und man unterscheidet danach eine private (civilistische) und eine genossenschaftliche oder öffentliche (publicistische) Rechtsordnung — Privatrecht und Staatsrecht im weitern Sinn.

Das letztere ist wieder verschieden nach Art und Umfang der Genossenschaft (Familie, Geschlecht, Gemeinde, Stamm, Volk, Nation, Menschheit.). —

II. Kapitel.
Das Gebiet des Rechts.
(Das Rechtsobject.)

§ 6] Indem wir uns die Energie als die eingreifende und hinauswirkende Actualität des Menschen denken, setzen wir einen Gegenstand der Energie, m. a. W. ein Gebiet des Rechts voraus, zu welchem der Mensch sich als bestimmende und beherrschende Potenz verhält. Das Object oder Gebiet dieser Herrschaft wird dem Willen des Menschen unterworfen, von diesem Willen erfaßt und mehr oder weniger durchdrungen, dadurch aber gleichsam zu einem lebendigen Stück oder Zubehör der beherrschenden Person oder Genossenschaft selbst gestaltet. Das Verfahren des Menschen, sofern es den Karakter einer solchen Herrschaft annimmt, wird Herrschafts- oder Rechtsverhältniß genannt. Jedes Rechtsverhältniß ist ein Lebensverhältniß zwischen Subject und Object, als Ausfluß der Energie des ersteren. Sein inneres Wesen besteht darin, daß, indem der Mensch sich auf das Object mit seinem Willen erstreckt, dadurch das Object im Menschen mehr oder weniger aufgeht, ihm eigen, ja Theil seines (erweiterten) Wesens wird (*res est hominis, est ei propria*).

§ 7] Insofern nun der Wille des Menschen immer zunächst auf sein eignes Selbst gerichtet ist, um dieses zu bestimmen, zusammenzufassen, zu organisiren: haben wir als nächstes und unmittelbares Object der Energie, als innerstes Gebiet des Rechts, das eigene creatürliche Wesen des Menschen anzusehen. Der Mensch kann die *vis ac potestas* über sich selbst ausüben: über Körper und Tracht, Wohnsitz und Lebensberuf, Namen und Ehre, kurz: über seine leiblich-häusliche und sociale Erscheinung; wer sich dermaßen in der vollen rechtlichen Gewalt hat, ist *persona sui juris*. Man bezeichnet wohl den Umkreis dieser auf die eigne Person sich beziehenden Herrschaft als das Recht der Persönlichkeit schlechthin oder als angebornes Recht.

Insofern aber der Mensch von sich aus auch weiterhin auf die Welt (seine kosmische Umgebung) einzuwirken, seiner Art gemäß dieselbe zu beherrschen und einzurichten thätig ist: bemächtigt er sich eines äußeren Umkreises von Existenzen, welchen wir sein Privatgebiet oder Vermögen nennen, und mit Recht, denn es liegt in dieser Selbsterweiterung eine Steigerung unseres Könnens (*facultates, bona*).

§ 8] Dasselbe gilt vom Menschen als Gemeinwesen. Auch die Genossenschaft (Familie, Stamm, Volk) richtet ihren Communalwillen zuerst auf ihr gemeinschaftliches Collectiv-Selbst, d. h. auf den Gesammtbestand ihrer lebendig verbundenen Mitglieder, deren Wollen und Handeln im Einklang mit dem Wesen und Zweck des Ganzen zu halten, zu beeinflussen, zu richten und zu zügeln ist. Diese genossenschaftliche Selbstorganisation ist die erste und grundlegende Bethätigung der Familien-, Stammes-, Volksenergie, das Grundrecht in der Verfassung autokratischer (autonomer, souveräner) Gemeinwesen (Familien, Gemeinden, Staaten.)

Außerdem aber pflegt die communale Energie auf ein weiteres, äußeres Gebiet gerichtet zu seyn, welches die Genossenschaft sich aneignet, zu ihrem Sitz macht, für den Dienst der Gesammtheit herbeizieht und deren Lebenszwecken unterwirft: Haus und Hof (Stammsitz), Flur und Markt (Weichbild), Territorium, ferner Wehr- und Steuerkraft der Bürger, endlich Provinzen und Colonien im weitesten Umkreis.

§ 9] So entspricht der Einzelperson oder individuellen Willenssphäre ein Privatgebiet, der Genossenschaft oder Communalsphäre ein Communalgebiet: auf jenes bezieht sich das Privatrecht (im engeren Sinn), auf dieses das öffentliche Recht (oder Staatsrecht im weiteren Sinne). *

Wie der Herrschaftswille des Menschen sich anders gestaltet und bethätigt, je nachdem er als Wille eines Einzelwesens oder aber eines Gemeinwesens auftritt: so unterscheidet sich auch das Herrschaftsgebiet, je nachdem es Object eines Einzelwillens oder aber eines Gemeinwillens ist. Oft treffen der Einzelwille und der Gemeinwille in demselben Gebiet oder Object zusammen, allein sie ergreifen dasselbe von verschiedenen Seiten, beherrschen es jedes in einer wesentlich anderen Richtung, und das fortschreitende Rechtsbewusstseyn weis dabei scheinbare Conflicte so zu lösen, daß die Principien des Privatrechts und des Staatsrechts gleichmäßig gewahrt werden.

Aehnliches gilt von den verschiedenen Gliedern des genossenschaftlichen Rechts (des Familien-, Gemeinderechts u. s. w.); von jedem derselben werden die Rechtsobjecte in anderer Weise ergriffen. —

---

*) Ueber die Stellung des Familienrechts zum Privat- und Staatsrecht s. unten den Anfang des II. Theils des Cursus (Grundlehren. Uebersicht des Systems).

III. Kapitel.

Die Anstalt des Rechts.

(Staat — Obrigkeit — Rechtszwang.)

§ **10**] Das Recht, in der Energie gegründet, gelangt in und mit derselben zur Verwirklichung und Geltung, und es ist die erste und vornehmste That des lebendigen Rechtssinnes (s. § 13), daß er sich der steten Möglichkeit seines Wirkens versichert. Dieses Streben stetiger und unverbrüchlicher Geltung drückt sich in ständigen Einrichtungen oder Anstalten aus, welche durch ihre feste, in sich beharrende Organisation eine Gewähr der Rechtsordnung abgeben und deren Bestand aufrechthalten.

Man bezeichnet die Gesammtheit dieser für Aufrechthaltung der Rechtsordnung bestimmten Anstalten oder Organe als Staat (im weitesten Sinn), und kann daher den Staat in diesem Sinn als die Rechtsanstalt schlechthin definiren. Er ist das Rüstzeug oder der Apparat des Rechts im ganzen Umfange seiner erstrebten Verwirklichung und Sicherung, und insofern decken sich die Begriffe von Recht und Staat. In diesem (weitesten) Sinn setzt man den Staat der Kirche gegenüber.

§ **11**] Der Staat ist, wie das Recht, Erzeugniß und Ausdruck der freien persönlichen Energie des Menschen und daher seinem innersten Wesen nach keineswegs eine Zwangsanstalt. Indeß ist in Folge der Entartung des menschlichen Geistes allenthalben das Bedürfniß einer höheren, übergeordneten Macht entstanden, durch welche die Willkür und Widerspenstigkeit egoistischer Individuen oder Genossenschaften gebrochen, und die Rechtsordnung zwangsweise wiederhergestellt werden kann. Die Befriedigung dieses Bedürfnisses gehört zur Aufgabe des Staats, welcher in diesem Betracht als eine Zwangsanstalt erscheint. Das mit einer solchen Zwangsmacht (*imperium*) ausgestattete Organ aber heißt Obrigkeit: der obrigkeitliche Beruf ist daher die Wahrung der Rechtsordnung durch Abwehr und Ueberwindung rechtstörender Auflehnungen und Widersetzlichkeiten.

Der Bestand der Obrigkeit beruht im Ganzen auf göttlicher Verordnung, ihre Gestalt und Ausprägung im Einzelnen ist ein geschichtlicher Verlauf; je complicirter das Staatswesen ist, um so kunstreicher pflegt auch der obrigkeitliche Behördenorganismus sich zu gestalten; am einfachsten in der Familie, im Familienstaat, wo der Hausvater oder Geschlechtsälteste das Schwert der Obrigkeit trägt (*jus vitae ac necis*).

Während des Mittelalters verwirklichte sich zuerst in dem neben (unter?) dem Schwert des Papstes aufgerichteten Schwert des Kaiserthums die eigentliche Staatsidee; der Kaiser, so hieß es, hatte „das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken“: in diesen beiden Gliedern des Kaisersatzes erblicken wir eine Unterscheidung der zwei in § 10 und 11 auseinandergehaltenen Gesichtspunkte.

§ **12**] In einem engern Sinn versteht man unter Staat den Kreis solcher Anstalten, welche zur Aufrechthaltung der öffentlichen Rechtsordnung einer umfassenderen und mehr oder weniger künstlich organisirten Genossenschaft dienen. In diesem Sinn stellt man den Staat dem Privat- und zugleich Familienkreise gegenüber, aber ohne Rücksicht auf die Unterscheidung municipaler (localer) und nationaler Lebenskreise: im Gemeindestaat erscheinen diese publicistischen Lebenskreise sogar indifferenzirt wirklich.

Endlich unterscheidet man heutzutage noch die Gemeinde als beschränkte Localgenossenschaft von denjenigen größeren geographisch fixirten Genossenschaften, welche einen mehr oder weniger in sich befriedigten Cultur- und Verkehrskreis darstellen; in diesem engsten und recht eigentlich modernen Sinne versteht man unter Staat die rechtlich-politische Organisation eines Volkes, einer Nation. —

IV. Kapitel.

Der Ursprung des Rechts.

(Rechtsquellen.)

§ **13**] Die Art der Entstehung des Rechts und Staats ergibt sich aus ihrem in der geistigen Freiheit des Menschen gegründeten Wesen: ihre Genesis ist freie Hervorbringung, schöpferische That des Menschen. Kraft eines der Persönlichkeit, dem Volksthum, der Nationalität inwohnenden, mit der Energie im obigen Sinn zugleich gesetzten Bildungstriebes schafft sich der Mensch die Ordnung seines Handelns und umgibt sich mit dem unumgänglichen Apparate zur Gewähr dieser Ordnung. Wir nennen diesen Bildungstrieb den Rechtssinn (Rechtsgefühl, Rechtstrieb, Rechtsbewusstseyn, bez. Rechtsüberzeugung.)

§ **14**] Aus diesem genetischen Karakter der Rechts- und Staatsordnung lassen sich folgende vier Grundqualitäten derselben ableiten: 1) sie ist ein aus der lebendigen Strömung des Geistes unmittelbar quellendes Wachsthum: demgemäß kann ein Recht nicht willkürlich und planmäßig ersonnen oder gleich einer Maschine künstlich hergestellt werden; es wird nicht gemacht, sondern geboren, d. h. es beruht auf Impulsen der persönlichen und genossenschaftlichen Energie, welche sich schöpferisch bethätigt, nicht das Denken (Nachdenken, Ueberlegung, Reflexion) vermag es zu schaffen: das Recht muß geschaffen und historische Thatsache geworden seyn, bevor es vom Gedanken ergriffen werden kann*; 2) sie ist, weil und insoweit der Mensch im lebendigen, genossenschaftlichen Zusammenhange von seines Gleichen steht und handelt, nicht eine bloß individuelle, sondern eine genossenschaftliche That und Hervorbringung, eine gesellige Bezeugung des menschlichen Geistes und eine Nationalangelegenheit; 3) sie ist, weil und wie der Geist des Menschen (des Einzelnen, Stammes, Volkes, Menschenge-

---

*) s. unten § 24. 26.

schlechts) in unablässiger Bewegung sich entwickelt und umgestaltet, nicht eine fertig vorliegende und irgendwo oder irgendwie abgeschlossene, sondern eine immer werdende, wechselnde, fortschreitende und sich entfaltende Ordnung mit allen Erscheinungen des Auflebens und Absterbens; und 4) sie ist ein System irrationaler Größen, d. h. die Rechtsideen und Rechtsinstitute, aus welchen dasselbe besteht, lassen sich nicht schlechthin in begriffliche Elemente dialektisch auflösen, nicht einfach eines aus dem anderen deduciren und folglich nicht erschöpfend nach ihrem innern Wesen und Zusammenhang demonstriren; es bleibt vielmehr bei solchem Versuche immer ein wesentlicher Rest, der eigentliche Lebenskern, welcher nur durch eine lebendige, freie und unmittelbare Anschauung (intuitiv) erfaßt werden kann; das Recht ist also in seinen Grundzügen vielmehr Sache der Intuition, als der rationellen Demonstration.

Man kann das Recht nach diesen vier Qualitäten bezeichnen als positive, sociale, historische und intuitive Ordnung.

§ **15**] Factoren der Rechtserzeugung (s. g. Rechtsquellen) sind zunächst das Individuum und die Genossenschaft, insofern sie ihren Rechtssinn in natürlich ungezwungner, formloser und eben nur durch das jeweilige Lebensbedürfniß angeregter Weise bethätigen: das auf solche gleichsam naturwüchsige Weise geborne oder „unmittelbar aus der Volksüberzeugung entspringende“ Recht heißt Volksrecht. Daneben kann ein künstlicher Factor der Rechtserzeugung treten: die legislative Autorität besondrer Staatsorgane, deren Ausbildung immer erst auf höherer Stufe der geistigen Cultur erfolgt; das Recht, welches auf diesem organisirten, solennen Wege und folglich durch Vermittlung entsteht, heißt gesetzliches Recht oder Gesetz (im engern Sinn).

Das Volksrecht wird, weil es in den sich wiederholenden Acten gewohnheitlicher Uebung und Beobachtung zu Tage tritt und daraus erkennbar wird, auch Gewohnheitsrecht, das gesetzliche Recht aber nach seiner Erscheinungsform, welche in schriftlicher Abfassung und Verkündigung besteht, auch promulgirtes, publicirtes oder geschriebenes Recht genannt. Jenes gilt, weil es unmittelbarer Ausdruck der allgemeinen und befestigten Volksüberzeugung ist, und mithin diejenigen, für welche das Recht hervorgebracht wird, identisch sind mit denen, von welchen es hervorgebracht wird; das Gesetz aber gilt, weil es eine Festsetzung der verfassungsmäßig zur Gesetzgebung berufenen Staatsgewalt ist.

V. Kapitel.

Das System des Rechts.

(Rechtsregeln — Rechtsinstitute — *aequitas*.)

§ **16**] Das Recht als Ausfluß und Ausdruck der persönlichen und genossenschaftlichen Energie theilt alle wesentlichen Eigenschaften des persönlichen und genossenschaftlichen Lebens. Eine karakteristische

Grundeigenschaft aber dieses Lebens ist, daß es von einem das innerste Wesen ausmachenden Lebenspunkte aus, welcher das einheitliche und unwandelbare Centrum aller Lebenstriebe bleibt, sich in unendlich mannichfacher Weise und Richtung zu entfalten strebt. So erscheint das Leben als eine zur Vielheit entfaltete Einheit, als ein organisches Ganze und eine gegliederte Welt; dieselbe Erscheinung muß also am Recht hervortreten, wenn es als für sich bestehende Norm jenes Lebens gedacht, d. h. in Gedanken oder speculativ davon abgelöst wird.

Man bezeichnet die Rechtsordnung demgemäß mit Rücksicht auf ihre Wesenseinheit, welche in Mannichfaltigkeit übergeht, ohne sich darin zu verlieren, als Rechtssystem, d. h. als Gesammtheit unterscheidbarer, aber durch die Grundidee des Rechts wesentlich verbundner und in ihr zusammenlaufender Theile. Wie diese Mannichfaltigkeit des Rechts von der Mannichfaltigkeit des Lebens, so kommt auch jene Einheit des Rechts von der Einheit des Lebens, und ist daher die systematische Einheit des Rechts, welche von der tieferen Rechtsauffassung vorausgesetzt wird, nicht ein künstliches und von Außen um das Recht geschlungenes Band, sondern ein dem Recht inwohnender Zusammenhang. Die Einheit liegt im Recht selbst, und die Jurisprudenz hat sie nicht erst hineinzutragen, sondern nur herauszufinden.

§ **17**] I. In der vielheitlichen Art der Rechtsordnung drückt sich die schöpferische Fülle unendlich möglicher Bethätigungen der Energie — sowohl der Individuen als der Genossenschaften — aus. Je mehr das Leben einer Person, eines Volks sich in allerhand Lebensgestaltungen entwickelt und verwickelt, um so zahlreichere und complicirtere Rechtstheile oder Glieder des Rechts treten gleichsam aus dem Schooße der Uridee hervor. Es besteht ein natürlicher Parallelismus der Lebensentfaltung und der Rechtsentfaltung: die Richtungen der Energie und die Bestimmungen des Rechts pflegen gleichen Schritt zu halten. Solche Bestimmungen werden Rechtsregeln genannt. Rechtsregel ist folglich der einer bestimmten und dauernden (typischen) Richtung der Willensthätigkeit entsprechende Theil der Rechtsordnung.

§ **18**] II. In der einheitlichen Art der Rechtsordnung liegt eine Eigenschaft, welche mehr enthält als ein bloßes äußerliches Aggregatverhältniß der Rechtstheile; dieselben sind vielmehr untereinander und durcheinander mit dem Ganzen der Rechtsordnung innerlich verbunden, und je vollkommener und gesunder das Recht eines Volkes oder einer Zeit ist, um so leichter und deutlicher ist die juristische Grundidee (das gestaltende Princip der ganzen Rechtsordnung) in jeder einzelnen Rechtsregel erkenn- und nachweisbar. Diese systematische Straffheit, Gedrungenheit und Durchsichtigkeit ist einer der Hauptvorzüge des classischen Rechts der Römer.

Je weiter nun aber Leben und Recht sich ausbilden, um so weiter treten natürlich auch die meisten einzelnen Rechtsregeln oder Rechtssätze vom Mittelpunkte des Systems ab, und es verlängert sich die

Reihe der nothwendigen Vermittlungsglieder. Solche Vermittlungsglieder oder Knotenpunkte, in denen Gruppen von Rechtssätzen zusammengefaßt und nach der centralen Rechtsidee hingeleitet werden, heißen Rechtsinstitute. Ein Rechtsinstitut erscheint aus dem Gesichtspunkte der Rechtsvielheit als ein Collectivsatz, d.h. als eine Gruppe, welche auf einen Grundgedanken zurückweist und in ihm sich zusammenfindet, und anderseits aus dem Gesichtspunkte der Rechtseinheit als ein Centralsatz, welcher eine Anzahl ableitbarer Einzelsätze in sich birgt und in dieselben sich auseinanderlegen läßt.

§ **19**] Die Art, wie die Rechtsinstitute mit der Grundidee des Rechts, und wieder die Rechtssätze mit den Rechtsinstituten zusammenhängen, ist freilich eine verschiedene. Der Zusammenhang kann 1) logischer Art seyn, d. h. den Karakter gedankenmäßiger Nothwendigkeit tragen (*juris subtilitas*), oder 2) freier organischer Art, d. h. durch neue Ausgangspunkte juristischen Schaffens bedingt seyn. Letzteres bildet das Wesen der *aequitas*, sofern unter ihr ein Rechtsprincip verstanden wird; als solches ist sie das Princip schöpferischer Rechtsentfaltung („*viva vox juris*"). In ihr erhebt sich der Rechtssinn, indem er zwar im Allgemeinen von den gegebenen Fundamenten (*strictum jus*) ausgeht, doch über dieselben. 3) Außerdem kommen auch rein äußerliche Zusammenhänge vor, indem gewisse Rechtssätze, durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit (*utilitas*) veranlaßt, mit Rechtsinstituten verbunden werden, welche recht wohl ohne sie gedacht werden und practisch seyn könnten. Solche Utilitätssätze wuchern besonders in späteren Zeiten der Volks- und Staatsgeschichte empor. —

VI. Kapitel.

Die ethische Grenzbestimmung des Rechts.

(Recht, Religion und Moral.)

§ **20**] Die Energie ist, wie wir gesehen haben (s. 1. Kap.), eine Seite oder Bethätigungsweise der Persönlichkeit, diese aber bethätigt sich außerdem auch als Phantasie, als Intelligenz. Alle entspringen Einem Wesen und finden in ihm Verknüpfung. Hieraus erklärt sich der Umstand, daß im Lebenslauf der Individuen wie der Völker das Recht sich häufig mit den Ordnungen der Phantasie und der Intelligenz, d. i. mit Kunst und Wissenschaft berührt, und daß diese drei in der Geschichte der Culturepochen vielfach zusammentreffen, selbst eine gemeinsame Geschichte und einen ähnlichen Verlauf haben. Eine solche historische Parallele bieten das *καλὸν κἀγαθόν* der Hellenen und das *aequum et bonum* der Römer. Allein die Erscheinungen, welche im Gefolge jener drei Lebensdimensionen entstehen, lassen sich leicht und einfach unterscheiden und nach ihren ethischen Bereichen gegen einander abgrenzen; schwieriger ist es, die Grenze und das Verhältniß des Rechts zur Moral und Religion festzustellen.

§ **21**] Der Mensch als erschaffenes und insofern endliches Wesen

findet Begründung und Vollendung der Persönlichkeit nicht in sich und der übrigen Schöpfung, sondern lediglich in dem ewigen und absoluten Wesen des Schöpfers und Urhebers aller Dinge; dem Menschen ist zu seiner kosmischen oder innenweltlichen Essenz eine göttliche oder überweltliche Mitgift zu Theil geworden, d. h. die Schöpfung des Menschen ist nicht einfache Hervorbringung durch den Geist, sondern zugleich und wesentlich Mittheilung vom Geiste Gottes. Demgemäß gehören zur wesentlichen Ergänzung des menschlichen Ethos die Religion und Moral, mittels deren der menschliche Geist über die creatürlichen Verhältnisse der Welt hinausverwiesen und in Bezug zur Gottheit gesetzt wird.

Religion und Moral hängen und gehören zusammen; wo sie sich trennen, büßt jedes an Fülle und Frische ein. Beide haben es mit dem göttlichen Urbild allen Lebens zu thun: die Religion, indem sie die Heranbildung oder Erziehung des Menschen zur Lebensgemeinschaft mit Gott als dem persönlichen Lebensgrund Aller —, die Moral, indem sie die Ausbildung und Darstellung des Menschen nach dem Vorbilde des göttlichen Wesens bezweckt. Da nun in Gottes Persönlichkeit die absolute Vollkommenheit Wirklichkeit ist, so kann die Religion als das Band, die Moral als der Maßstab der Vollkommenheit des Menschen bezeichnet werden: jene führt zur Gottseligkeit, diese zur Gottähnlichkeit; keine besteht ohne die andere.

§ **22**] Es ergibt sich hieraus, daß Religion und Moral den ganzen Menschen, nicht bloß eine einzelne Seite seines Wesens angehen, und daß die religiöse und moralische Kraft aus dem tiefsten Grunde der menschlichen Persönlichkeit stammen. Demnach sind Religion und Moral den genannten drei Lebensdimensionen nicht einfach coordinirt, sondern Phantasie, Energie und Intelligenz des Menschen werden von jenen umschlossen und getragen, so daß Kunst, Recht und Wissenschaft ihre Weihe und Verklärung in der Religion, ihren wahren Abschluß in der Moral finden.

§ **23**] Aus dem Gesagten erhellt zugleich, daß Religion und Moral es nur mit dem Bezug von (menschlichem) Geist zu (göttlichem) Geist zu thun haben und die Anlage und Richtung des Menschen auf die Ewigkeit bedeuten, während das Recht den Menschen in seiner an die Schranken der irdischen Sinnlichkeit und Zeitlichkeit gebundenen Selbst- und Weltbestimmung betrifft. Demnach wenden sich die Moralsätze an Gesinnung und Gewissen, an die Beweggründe und Triebfedern des Handelns, während die Rechtssätze, nach den Aeußerungen des Willens fragend, den Menschen gleichsam bei seinen Handlungen ergreifen und hier auch im Nothfall einen Zwang auszuüben vermögen oder doch streben; solcher Zwang würde im Reiche der Moral ein absolutes Unding seyn. —

VII. Kapitel.

Die Erkenntniß des Rechts.

(Jurisprudenz — Auslegungskunst — Rechtsphilosophie.)

§ **24**] Die Energie ist eine geistige Potenz neben der Intelligenz, aber diese bemächtigt sich, wie sie sich der Kunst, der Religion und Moral bemächtigen kann, so auch der Rechtsordnung, um sie gedankenmäßig zu durchdringen und der Erkenntniß (Rechtskunde) zugänglich zu machen. Insofern diese Erkenntniß durch wissenschaftliche Methode geregelt wird, nennen wir sie Rechtsgelehrsamkeit, Jurisprudenz.

Die Mittel, durch welche die Rechtskunde ihre Aufgabe erfüllt, sind in den positiven Rechtsquellen gegeben, d. h. in den nachweisbaren Aeußerungen der Volksüberzeugung und Gesetzgebung, also 1) in den Aussprüchen der Volksgerichte (Schöffenurtheilen, Weisthümern, Bauernsprachen), in Sprüchwörtern, Gutachten und andern Aufzeichnungen erfahrner Rechtskundiger (z. B. Sachsenspiegel), sowie 2) in authentischen Denkmälern der legislativen Thätigkeit, seien diese in Stein, Erz oder Elfenbein gegraben, oder in schriftlichen Urkunden direct oder indirect (relationsweise) aufbewahrt.

§ **25**] Die Rechtskunde bedarf hierzu der s. g. Auslegung (*interpretatio*, Deutung), d. h. der Ermittlung desjenigen Sinnes, welcher von dem Urheber der Rechtsquelle in dieser hat ausgedrückt werden sollen. Ihre häufigste und wichtigste Anwendung findet die Auslegung bei den Gesetzen (s. oben das 4. Kap.) und ist hier zu definiren als die Ermittlung desjenigen Gedankens, welchen der Gesetzgeber in den verkündeten Worten des Gesetzes hat niederlegen wollen (*enucleatio mentis legislatoris*).

Man nennt die Kunst und Theorie der Auslegung Hermeneutik und unterscheidet die Auslegung

1) nach dem Urheber derselben, welcher entweder ein Factor der Rechtserzeugung oder ein Organ des wissenschaftlichen Bewußtseyns ist: legale (usuelle und authentische) und doctrinelle, —

2) nach den Grundlagen derselben, welche theils in dem sprachlichen Ausdruck, theils in dem gedankenmäßigen Zusammenhang und der historischen Umgebung des Rechtssatzes zu finden sind: grammatische und logische, —

3) nach dem mit dem einfachen und nächstliegenden Wortsinn verglichenen Resultate: einschränkende (restrictive), ausdehnende (extensive) und erklärende (declarative) Auslegung.

§ **26**] Die auslegende Jurisprudenz besteht in einer rein receptiven Thätigkeit. Ueber sie erhebt sich die mehr productive Aufgabe der im höheren Sinn sogenannten Rechtswissenschaft, welche ihre natürliche Vertretung, ihre stehenden Organe in dem theoretisch gebildeten Juristenstande findet. Jene Aufgabe der Rechtswissenschaft aber lässt sich in drei Verrichtungen zerlegen:

1. Sie hat den vorhandenen Rechtsstoff — das positive Recht — wissenschaftlich zu ordnen, d. h. den gedankenmäßigen Zusammenhang der Rechtsinstitute, sowie den oft latenten Gehalt der einzelnen Rechtssätze darzulegen und mithin die gegebenen Rechtsregeln in die Gestalt von Rechtslehren (Dogmen) zu bringen: theoretische oder doctrinelle Gestaltung des Rechts, juristische Dogmatik.

2. Sie hat die Thätigkeit der originalen Rechtsfactoren zu lenken und die fortschreitende Rechtserzeugung zu beeinflussen: practische Förderung des Rechts, Rechts- oder Justizpolitik.

3. Endlich hat sie, indem sie sich über das positive Recht einzelner Völker und Zeiten erhebt (Comparativjurisprudenz oder vergleichende Rechtswissenschaft!) und den Blick auf die der ganzen civilisirten Menschheit im Allgemeinen vorschwebenden Ideale einer vollkommensten Rechtsordnung hinlenkt, nach diesem höheren Musterbilde die Theorie des Rechts zu entwerfen und weiterzubilden: speculative Verarbeitung oder Philosophie des Rechts.

Literatur: Thibaut Theorie d. log. Auslegung des Röm. R. 2. Ausg. 1806. v. Savigny System I. S. 206—240. Kierulff Theorie des Civilrechts S. 20—41. Ihering Geist d. R. R. II. S. 386ff., 470—475. —

Zweiter Abschnitt.

Geist und Studium des Römischen Rechts.

VIII. Kapitel.

Die Bedeutung und Reception des Römischen Rechts.

§ 27] Unser Rechtsstudium pflegt mit Vorträgen über das einer fremden Nationalität, einem anderen Klima und einer längst vergangnen Zeit entsprungne Recht Roms zu beginnen, weil dasselbe, ein hervorragendes Erzeugniß des menschlichen Geistes, um seines universellen Werthes willen zu allgemeinem Ansehn gelangt ist, ja bei mehrern Culturvölkern des modernen Europa eine solche Aufnahme gefunden hat, daß es da heutzutage als ein lebendiges und integrirendes Stück unsers Rechts gilt. Schon Cicero hat mit wohlberechtigtem patriotischen Enthusiasmus und im Gefühl des Gegensatzes barbarischer Rechtsunvollkommenheit die eminente Art des Röm. Rechts in den Worten gepriesen: „*incredibile est, quam sit omne jus civile, praeter hoc nostrum, inconditum ac paene ridiculum*“ (*de orat.* 1, 44). Seit Cicero aber war dem Römischen Genius noch ein Zeitraum voller drei Jahrhunderte beschieden, in und mit seinen großen Schöpfungen völlig auszureifen.

Das Römervolk erwies sich als das classische Volk der Energie.

Die tüchtigste Anlage des Geistes verband sich mit einem seltenen Glück äußerer Umstände, um die juristische Fruchtbarkeit der Römer zur Entwicklung zu bringen; in der Erfüllung seines Weltherrscherberufs gedieh der Geist dieses Volks zu einer solchen Sicherheit und Stärke politischen Gestaltens, daß das Studium des Röm. Rechts für alle Zeiten das beste Mittel abgeben wird zur inneren Zucht des juristischen Denkens, zur Befestigung und Mäßigung der politischen Triebe und zur Einweihung in die Lebensgesetze aller rechtlichen Organisationen. Die Welt des Röm. Rechts ist die classische Welt des Rechts. Das Anschaun dieser Welt mannhafter Gestalten hat eine begeisternde Wirkung: wie streng und fest ist da Alles formirt, wie scharf und correct umrissen, wie aufrechter Haltung jeder juristische Körper, und nichts Flüssiges, Unbegrenztes, Verschwimmendes darunter, überall Kraft und Maß!

§ **28**] Die Werthfülle eines classischen Lebenskreises lässt sich überhaupt durch Angabe der Einzelnheiten schwerlich erschöpfen, doch ragen immer einige Seiten hervor. Als wichtige Vorzüge des Röm. Rechts erscheinen 1) die Consequenz und Harmonie der inneren Entwicklung, woraus eine bewundernswerthe systematische Gedrungenheit des Rechts entsprang (s. oben § 18.); 2) die entsprechende Prägnanz der juristischen Terminologie, in welcher alle Typen einer reichen Rechtswelt Verkörperung fanden; 3) eine Fülle practischer Einzelentscheidungen, welche durch Feinheit psychologischer Beobachtung und Sicherheit der Lebenskenntniß gleich ausgezeichnet sind, unübertreffliche Muster juristischer Interpretationskunst enthalten und uns einen tiefen Blick in das Laboratorium der großen Juristen Roms eröffnen.

§ **29**] Die Aufnahme oder Reception des Röm. Rechts hat ein Jahrtausend nach dem Beginn seines Verfalls, im Verlauf des 13. 14. und 15. Jahrhunderts n. Chr., sich vollzogen; sie ist kein zufälliges und vereinzeltes Ereigniß, sondern bildet einen Theil des großen weltgeschichtlichen Processes, durch welchen die classische Cultur des Alterthums überhaupt in den Lebenskreis der modernen Culturwelt hereingezogen und für uns wiederbelebt worden ist.

Die weiteste Ausdehnung und eingreifendste Bedeutung hat diese Reception des fremden antiken (Privat-)Rechts in Deutschland gefunden: zum Vortheile, aber auch zum Nachtheile der deutschen Nationalität, denn sie rettete eine gewisse Gemeinsamkeit des Rechtslebens unter den auseinanderstrebenden Stämmen und befriedigte die eigenthümlichen Bedürfnisse des neuen Städtewesens, aber freilich auf Kosten vieler einheimischer Bildungstriebe, welche verkümmern mussten und ein Gefühl juristischer Oede und Unlust zurückließen. Bis in die Gegenwart herein reicht der die innersten Lebensinteressen der Nation berührende Kampf zwischen den recipirten und einheimischen Elementen; ihre Verschmelzung ist theilweise gelungen und wird gerade in unsrer Zeit mit neuem Anlauf und nicht ohne Aussicht auf endlichen Erfolg angestrebt. —

IX. Kapitel.

Das *Corpus juris*, dessen Eintheilung und Citirweise.

§ **30**] Das Röm. Recht ist nicht in seiner ursprünglichen, sondern in der ihm durch den oströmischen Kaiser Justinian I. (527—565 n. Chr.) zu Theil gewordenen Gestalt bei uns recipirt worden. Der Plan dieses Kaisers war gewesen, das große Weltreich der Römer unitarisch wiederherzustellen und in einer entsprechenden Codification die für seine Zeit wichtigen Bestandtheile der bisherigen kaiserlichen Gesetzgebung („*leges*") sowie der früheren wissenschaftlichen Hauptwerke („*jus*") zu sammeln. Die einzelnen Stücke dieser Sammlung, welche später im Abendlande fast verschollen war, traten seit dem 12. Jahrh. in Norditalien wieder an's Licht, wurden darauf allmählich in Verband gebracht und erhielten im Ausgang des 16. Jahrh. den gemeinsamen Titel *Corpus juris*, welcher seitdem allgemein für die Justinianische Codification in Uebung blieb; durch den Zusatz „*civilis*" wurde sie von dem daneben zu Ansehn und Geltung kommenden *Corpus juris canonici* unterschieden. Dieses *Corpus juris civilis* bildet die eigentliche Grundlage für unser Studium des Röm. Rechts bis auf den heutigen Tag.

§ **31**] Es zerfällt in folgende auf dem Plane Justinian's beruhende Haupttheile: 1) *Institutiones* in 4 Büchern, vom Kaiser selbst in der Publicationsverordnung als „*prima legum cunabula*", „*totius legitimae scientiae prima elementa*" bezeichnet und an den Anfang der ganzen Sammlung gestellt, damit sie als „*initium legum eruditionis*" dienten. Diese Institutionen werden speciell Justinianische genannt, zum Unterschied von den *Institutiones* (*s. Commentarii*) des Römischen Juristen Gaius, aus welchen die ersteren großentheils entnommen sind.

2) *Digesta* oder *Pandectae* in 7 Theilen oder 50 Büchern, welche aus umfassenden Excerpten aller bedeutenden schriftstellerischen Arbeiten der früheren Zeit bestehend das damals noch geltende „*omne jus antiquum*" zusammenfassen sollten, und so benannt wurden „*quia omnes disputationes et decisiones in se habent legitimas, et quod undique fuit collectum, hoc in sinus suos receperunt.*" Justinian rühmte selbst sie als ein Werk, welches „*totum jus antiquum per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum, nihil extra se habeat*" und wollte sie demgemäß, wie er in der *Const. Deo auctore* § 5. hinzufügt, als ein „*proprium et sanctissimum templum justitiae*" betrachtet wissen.

3) *Codex* in 12 Büchern: in ihm sollte die „*multitudo constitutionum, tam in tribus veteribus Codicibus relatarum, quam post earum confectionem posterioribus temporibus adjectarum*", d. h. eine Auswahl der wichtigeren Kaisergesetze seit Hadrian (117—138 n. Chr.) mit theils abgekürzter theils klarerer Fassung und unter systematischer Vertheilung Platz finden. Er wird als *Codex Justinianeus* von den drei älteren *Codices* (*Gregorianus, Hermogenianus* und *Theodosianus*) und als *Codex repetitae praelectionis* von der ersten Justinianischen Ausgabe unterschieden.

4) *Novellae* (*sc. leges s. constitutiones*), worunter die von Justinian nachträglich, d. h. nach Beendigung des *Codex* (im J. 534) erlassenen Gesetze verstanden werden; dieselben sind in Privatsammlungen auf uns gekommen, deren reichhaltigste die Zahl 168 angibt.

§ **32**] Die einzelnen Bücher der Institutionen, der Digesten und des Codex zerfallen in kleinere Abschnitte, *tituli* genannt, die Titel der Digesten sowie des Codex ferner in Unterabschnitte, die s. g. *leges*, welche bei den Digesten auch als *fragmenta*, beim Codex dagegen auch als *constitutiones* bezeichnet werden. Jene *tituli* der Institutionen sowie diese *leges* der Digesten und des Codex endlich sind, wo ihre Länge dies zu fordern scheint, in Paragraphen zerlegt mit einem *principium* (*s. prooemium*) an der Spitze. Die Novellen gliedern sich in Capitel (*capita*), deren Folge durch eine *praefatio* eingeleitet und durch einen *epilogus* geschlossen wird; längere Präfationen und Capitel sind weiter eingetheilt in Paragraphen mit einem *principium* an der Spitze.

Die den einzelnen Titeln und bez. Novellencapiteln gegebenen Ueberschriften werden als Rubriken (*rubricae s. rubra*) citirt.

§ **33**] Außerdem findet sich dem *Corpus juris civilis* eine Anzahl von Instructions- und Publicationspatenten einverleibt, welche unter dem Titel *prooemium* oder *praefatio* theils den Institutionen (*Const. Imperatoriam majestatem*), den Digesten (*Constt. Deo auctore, Omnem reipublicae, Dedit nobis* und *Tanta*), dem Codex (*Constt. Haec quae necessario, Summa reipublicae* und *Cordi nobis est*) vorausgeschickt, theils (nämlich die *Constt. Deo auctore* und *Tanta*) auch als l. 1. und 2. in den Codex selbst (*Tit. Cod. 1, 17*) aufgenommen sind.

Diese Patente pflegen bloß mit ihren Anfangsworten citirt zu werden, während es bei den übrigen Bestandtheilen des *Corpus* heutzutage üblich ist, Buch, Titel, *lex* oder *caput*, und bez. den Paragraphen nach der herkömmlich festgestellten Reihenfolge zu citiren. Insgemein wird der Sicherheit wegen die Titelrubrik einschaltungsweise beigefügt, und bei den Digestenfragmenten auch wohl der betreffende Autor gern mit genannt.

X. Kapitel.

Die Lehrmethode des Römischen Rechts.

§ **34**] Auf Grund ehemaliger Gewohnheit, das Röm. Recht in exegetischer Form, d. h. in unmittelbarer Anknüpfung an die einzelnen Stellen des *Corpus juris* zu lehren, und demgemäß das Studium mit Erläuterung der Justinianischen Institutionen zu beginnen, ist es noch heutzutage üblich, die Vorträge über die Elemente oder Grundzüge des Röm. Rechts als Institutionen des Römischen (Privat-)Rechts zu bezeichnen. Im Zusammenhang damit heißen die zweiten Hauptvorträge über Röm. Privatrecht, welche zur Darstellung desselben in größerer Ausführlichkeit der einzelnen Lehrtheile bestimmt sind, Pandekten.

§ **35**] Diese Institutionen und Pandekten im modernen (academischen) Sinn tragen das Gepräge formaler Freiheit, indem in ihnen der darzustellende Rechtsstoff nach den heutigen Anforderungen wissen-

schaftlicher Methode behandelt, und daher von der ehemals vorherrschenden s. g. Legalordnung, d. h. der Titelfolge in den Theilen des *Corpus juris* abgesehen wird. Neuerdings tritt die Neigung hervor, den Unterschied jener zwei romanistischen Cardinaldisciplinen fast weniger in die geringere oder größere Ausführlichkeit, als vielmehr ganz besonders darein zu setzen, daß die Institutionen das reine Röm. Recht, und zwar mit Haupt-Rücksicht auf seine geschichtliche Entwicklung, die Pandekten aber das bei uns recipirte und bez. durch den Receptionsproceß modificirte Recht, und zwar mit Haupt-Rücksicht auf seine systematisch-dogmatische Entfaltung enthalten sollen.

§ 36] Vielfach, und namentlich früher, wo man sich noch genauer an das System der Justinianischen Institutionen anschloß, behandelte man die Geschichte des Röm. Rechts selbständig, d. h. als eine besondere Disciplin neben den Institutionenvorträgen; man pflegte dabei eine s. g. äußere Rechtsgeschichte d. h. Darstellung der auf das Ganze und gleichsam die Peripherie der Rechtsordnung bezüglichen Entwicklungsmomente, und eine innere Rechtsgeschichte, d. h. Darstellung der einzelnen Rechtsinstitute und Rechtslehren in ihrer geschichtlichen Entwicklung, zu unterscheiden. Da man aber oftmals die äußere Rechtsgeschichte schlechthin als Rechtsgeschichte bezeichnete, so bediente man sich für die innere Rechtsgeschichte wohl auch des anderen Ausdrucks: Rechtsalterthümer (*Antiquitates juris*), obwohl sonst mit demselben richtiger der in Sitten und Rechtsformen ausgeprägte Culturzustand eines Volks (zu einer bestimmten Zeit, z. B. auf dem Höhepunkte des Volkslebens, also ohne wesentliche Rücksicht auf geschichtliche Entwicklung) bezeichnet wird. Neuerdings wird die innere Rechtsgeschichte in der Regel in die Institutionenvorträge eingewebt; über die Behandlung der äußeren Rechtsgeschichte, ob sie vor oder neben den Institutionen vorzutragen, in welchem Umfange das eigentliche Staatsrecht, das Proceß- und Criminalrecht in sie aufzunehmen, und ob nicht mit ihr zweckmäßig wenigstens eine Uebersicht der inneren Rechtsgeschichte nach Perioden zu verbinden sei, herrschen Meinungsverschiedenheiten.

§ 37] Daneben wird noch als besondere Disciplin des Römischen Rechts die s. g. Quellenkunde cultivirt, welche die Aufgabe hat, die uns aus der Römischen Zeit überlieferten Quellen und Denkmäler des Rechts in ihrem heutigen Zustande und mit Hinblick auf Zeit und Ort ihrer Entdeckung, sowie ihre nachherigen Schicksale und ihren dermaligen Aufbewahrungsort zu schildern. Diese Disciplin hat in neuerer Zeit durch die ausgebreiteten Inscriptionenforschungen eine erhöhte Bedeutung und methodische Pflege erhalten. —

XI. Kapitel.

Die Rechtsanschauung der Römer im Allgemeinen.

§ 38] Cicero, welcher sich zur Aufgabe gesetzt hatte, die philosophische Speculation der Griechen in den bis dahin einseitig auf die

practische Staatskunst gerichteten Geist der Römer einzubürgern, lebte in einer Zeit, wo die Römische Rechtswissenschaft auch auf ihrer eigenen Bahn und von sich aus einen namhaften Aufschwung nahm; der Jurist Servius Sulpicius war es, durch welchen vornehmlich dieser wesentliche Schritt geistiger Vertiefung gethan ward, und er war ein Zeitgenosse und Freund Cicero's. Dieser selbst aber war nicht bloß Philosoph und Redner, sondern in Staats- und Rechtsangelegenheiten aller Art practisch erfahren. Aus diesen Gründen haben die Gedanken des ersten Römischen Philosophen über Recht und Staat einen besonderen Werth; auch die späteren Römer sind über dessen speculativen Standpunkt lange Zeit nicht hinausgekommen Vollkommnere Ideen treten in den Gesichtskreis der Juristen der Kaiserzeit erst zu einer Zeit ein, wo wenigstens die Möglichkeit directen und indirecten Einflusses des Christenthums gegeben ist.

§ **39**] Cicero karakterisirt das Recht dem Zwecke nach als dasjenige Princip, wodurch die *incolumis civium conjunctio* im Staate aufrecht erhalten werde, und hebt im Gegensatz zur Moral (*officium, quod ad finem bonorum pertinet*) die Aeußerlichkeit und Erzwingbarkeit des Rechts hervor. Das Rechtsprincip aber ist ihm nicht eine willkürliche Menschensatzung (*opinio hominum, ratio humana*), sondern das Erzeugniß eines den Menschen eingebornen Triebes (*quaedam innata vis*) und eine *recta ratio naturae congruens*, welche als solche *sempiterna et omni tempore immutabilis* ist, und vom *jus civile* des einzelnen Volkes zwar umgangen, aber schwerlich aufgehoben werden kann (s. *Cic. pr. Caec. 33: „non quidquid populus jusserit, ratum esse oportere“*).

Als Erkenntnißquellen des Rechts zählt Cicero *lex, mos* und *aequitas* auf, indem er unter letzterer die Summe der höheren Rechtsprincipien versteht, welche in dem freien *jus gentium* (durch die prätorische Justizleitung) zum ungeschmälerten Ausdruck gelangen, daneben aber *mos* und *lex* als die beiden Gestaltungen auffaßt, welche das Recht bei den einzelnen Völkern annimmt. Die *justitia* definirt er als den *habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem,* und bringt sie in inneren Zusammenhang mit der sittlichen Haltung und Würde des Menschen überhaupt: *„Justitia est nonnisi viri sapientis . . . Per se jus est expetendum et excolendum; quod si jus, etiam justitia.“*

§ **40**] Die Juristen der Kaiserzeit steigerten diese ideale Anschauung vom Recht noch insofern, als ihnen die Rechts- und Staatsordnung gleichsam ihr Ein und Alles, der Ausdruck des Beßten und Höchsten im Leben war, und daher durch sie die Rechtswissenschaft die Bedeutung der Philosophie im Großen erhielt. Es konnte diese Anschauung anknüpfen an die altherkömmliche Definition des *jus* als *ratio aequi bonique*, welche im *Auct. ad Herenn. 2, 13* und bei *Cicero pr. Caec. c.* 28 angedeutet ist; auch von Plinius (Epist. I, 10) war dann die juristische Thätigkeit als der schönste Theil der (practischen) Philosophie gepriesen worden. Die Juristen Celsus und Ulpian nun denken sich jene *ratio* subjectiv innerlicher, nämlich als persönliche Lebensrichtung und

Lebenskunst, und stellen, wohl nicht ohne Absicht, das *bonum* dem *aequum* voraus: *Jus est ars boni et aequi* (fr. 1 pr. D. de J. et J. 1, 1).

Diesem Standpunkte entspricht die von Ulpian aufgestellte Definition der *jurisprudentia: divinarum humanarumque rerum notitia, justi atque injusti scientia* (fr. 10 § 2. D. eod.), wonach die Philosophie wie ein Theil der Jurisprudenz behandelt und an die Spitze derselben gestellt wurde. In Uebereinstimmung hiermit erhielt die *justitia*, welche traditionell als *constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (fr. 10. pr. D. eod.) definirt ward, eine gleichsam religiöse Verklärung in jener Schilderung Ulpian's: „*Merito quis nos sacerdotes appellet; justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes*“ (fr. 1. § 1. D. eod.), und Papinian, der gefeierteste unter den Röm. Juristen und einer der edelsten Geister des heidnischen Alterthums, war der Ueberzeugung, daß das gerechte Handeln aus dem Karakter des Menschen entspringen müsse: „*Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*“ (fr. 15. D. de condit 28, 7).

§ 41] Ulpian theilt uns in fr. 10. § 1. D. eod. eine Trias von Grundregeln des Rechts mit, welche gleichfalls ein Zeichen der tiefwurzelnden Rechtsanschauung der Römer ist: „*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere;*“ sie wird von Justinian in § 3. J. de J. et J. (1, 1) wiederholt. In der ersten dieser Regeln ist von den Pflichten des Menschen gegen sich selbst, in den zwei anderen aber von den Pflichten gegen Andere, und zwar einem negativen und positiven Verhalten gegen dieselben, die Rede; in der ersten ist das *bonum*, in der dritten das *aequum*, und in der zweiten der Uebergang von jenem zu diesem angedeutet. Nach diesen drei Richtungen wird das *jus* als eine *ars boni et aequi* im Karakter des Gerechten eine lebendige Kraft. —

XII. Kapitel.

Die Grundlehren der Römer über ihr positives Recht, dessen Bestandtheile, Geltung und Anwendung.

§ 42] Die Römische Rechtsordnung zeichnete sich vornehmlich durch Einen ihr eigenthümlichen Grundzug aus: dies ist die hohe Ausbildung der Rechtssphäre der individuellen Persönlichkeit (des Privatrechts), wodurch diese innerhalb und neben der staatsgenossenschaftlichen Allgemeinheit zu selbständiger Geltung im Rechtsleben kam. Diesen Dualismus des Gemeinwesens und des Einzelwesens bezeichneten die Römer als *respublica* (*civitas*) und *res familiaris s. privata* (*familia, domus:* fr. 195. § 2. D. de V. S.) und nannten das Rechtssubjekt mit Rücksicht auf jene: *civis*, mit Rücksicht auf diese: *paterfamilias* (zuweilen *privatus*), die Ordnung der *respublica* aber *jus publicum* und die der *resprivata jus privatum*; überall blieben sich die Römer dieses Gegensatzes klar bewußt (*Cic. Philipp. 2, 42; Liv. 3, 34; Plin. Ep. 1, 22; 8, 14*).

Ulpian unterscheidet demgemäß zwei Grundlagen der Rechtsauffassung und sagt, indem er dabei das Röm. Reich als das einzige damalige civilisirte Gemeinwesen von allgemeiner politischer Bedeutung im Auge behält, so: „*Juris studii duae positiones sunt: publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*“; zu dem öffentlichen Recht auch die staatliche Sacralordnung rechnend fügt er hinzu: „*publicum jus in sacris, sacerdotibus, magistratibus consistit*“ (*fr. 1. § 1. D. de J. et J.* jct. §. *4. J. de J. et J.*).

§ **43**] Das *jus privatum* karakterisirt sodann Ulpian in jener Stelle so: „*tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus*“, eine dreigliedrige Eintheilung, welche er wohl darum nicht auf das *jus publicum* ausdehnt, weil ein Römer dafür hielt, daß der Röm. Staat als eine durchaus einzige und beispiellose Erscheinung lediglich dem Röm. Geiste entsprungen, und daher das Röm. Staatsrecht eben nur *ex civilibus praeceptis* zusammengesetzt sei. *Plin. Hist. natur. VII, 41*: „*Gentium in toto orbe praestantissima una omnium virtute haud dubie Romana exstitit*“; vergl. *fr. 15. D. de V. S.*

Die einzelnen Glieder dieser privatrechtlichen Trias werden von Ulpian so definirt: „*Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit, jus gentium est, quo gentes humanae utuntur; cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium i. e. civile efficimus*“ (fr. 1. § 3. 4; fr. 6. D. de J. et J.). Während frühere Juristen, namentlich Gaius (fr. 1. pr. u. fr. 7. D. de domin. 41, 1), und unter Ulpians Zeitgenossen etwa nur noch Marcian (fr. 2. 4. D. de div. rer. 1. 8.) den Unterschied zwischen *jus naturale* und *gentium* ignorirend schlechthin von *naturalis ratio* im Gegensatz des *jus civile* reden, deuten auf jene Trias auch andere Juristen aus der Zeit Ulpian's, namentlich Tryphonin und Hermogenian hin, daher sie wohl als eine Grundanschauung der letzten Blütezeit gelten kann. Ihr scheint der tiefere Gedanke zugrunde zu liegen, daß hinter dem System des *jus gentium*, welches eine Scheidung, Entfremdung und Verfeindung der Völker voraussetze, der Rest einer ursprünglichen, aus naturwüchsigem Rechtstriebe der noch friedlichen Menschheit entsprossenen Rechtsordnung, in ihrer reinen Naivität an die Naturordnung der Thierwelt erinnernd, gleichsam verborgen, aber dem Auge der juristischen Speculation wahrnehmbar, und ein Fingerzeig auf das Ideal einer vollkommensten Rechtsordnung, auf das „*semper bonum et aequum*“ sei.

§ **44**] Von dem *jus civile* Rom's im Besonderen sagt Ulpian: „*hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto*“ (*fr. 6. § 1. D. de J. et J.*; dazu § *3. J. de J. et J.* und *Cic. orat. partit. c. 37.*), worunter nicht eine Unterscheidung der Rechtsfactoren (*lex* und *mos*), sondern bloß der äußeren Erscheinungsformen gemeint ist. Demgemäß zählt Justinian in § *3. J. de jure natur.* (*1, 2*) als Bestandtheile des *jus scriptum* folgende auf: *leges, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta* und *responsa prudentium.*

Die *lex* dachte man sich nach altrömischer Vorstellung als ein *praeceptum*, ruhend auf *communis reipublicae sponsio*, also gleichsam als einen von der Bürgerschaft feierlich mit sich selbst (mit dem *rex* oder Magistrat als Organ des *populus*) eingegangenen Vertrag (*Papin.* in *fr. 1.* und *Marcian* in *fr. 2. D. de legib. 1, 3*). Im Einklang hiermit definirte man auch das Gewohnheitsrecht (*mos et consuetudo, usus longaevus, diuturni mores*) als *tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus* (*Ulp. fragm. praef.* § *4.*; § *9. J. de jure natur. 1, 2.*, *fr. 32.* § *1.* und *fr. 35. D. de legib. 1, 3*) und schrieb demselben gleichfalls bindende Kraft zu (*fr. 36. D. eod.*)

§ **45**] Man unterschied eine mehr oder weniger umfassende Geltung der Rechtssätze: 1) *jus generale s. commune, quo omnes tenentur* (§ *6. J. de jure natur. 1, 2*); 2) *jus singulare* oder *speciale, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum est* (*fr. 16. D. de legib. 1, 3*); letzteres „*non ad exemplum trahitur*", sondern gilt eben nur für die bestimmten Classen von Personen oder auch nur für eine einzelne Person (*privilegium*), oder wohl gar nur für einen einzelnen Fall (Exemtion, Dispensation).

Vom Inhalt der Rechtssätze ward gesagt: „*legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*" (*Modest.* in *fr. 7. D. de legib. 1, 3*), wonach Neuere so unterscheiden: 1) *leges cogentes* (*imperativae, prohibitivae,* bez. *poenales*) und 2) *dispositivae s. permissivae.*

Die Zeit der Geltung anlangend, so bestand die Regel, daß kein Rechtssatz auf frühere, d. h. der Zeit vor seiner Entstehung angehörige Fälle rückwärts angewendet werden könne: *lex trahi nequit ad praeterita* (*fr. 1. i. f. D. ad Sct. Tertull. 38, 17.* und *l. 7. C. de legib. 1, 14*), und daß ein Rechtssatz zu gelten aufhöre, sobald ein neuer Rechtssatz an seine Stelle tritt: *jus posterius derogat priori* (*fr. 4. D. de constit. princ. 1, 4*); hiervon besteht nur die Ausnahme, dass ein *jus speciale* nicht durch ein neues *jus generale* aufgehoben wird (*fr. 80. D. de R. J.*). Ulpian unterscheidet folgende Fälle der Veränderung geltenden Rechts: *Lex aut abrogatur, i. e. prior lex tollitur, aut derogatur, i. e. pars primae legis tollitur, aut subrogatur, i. e. adjicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, i. e. mutatur aliquid ex prima lege* (*Ulp. fragm. praef.* §. 3., dazu *fr. 102. D. de V. S.*).

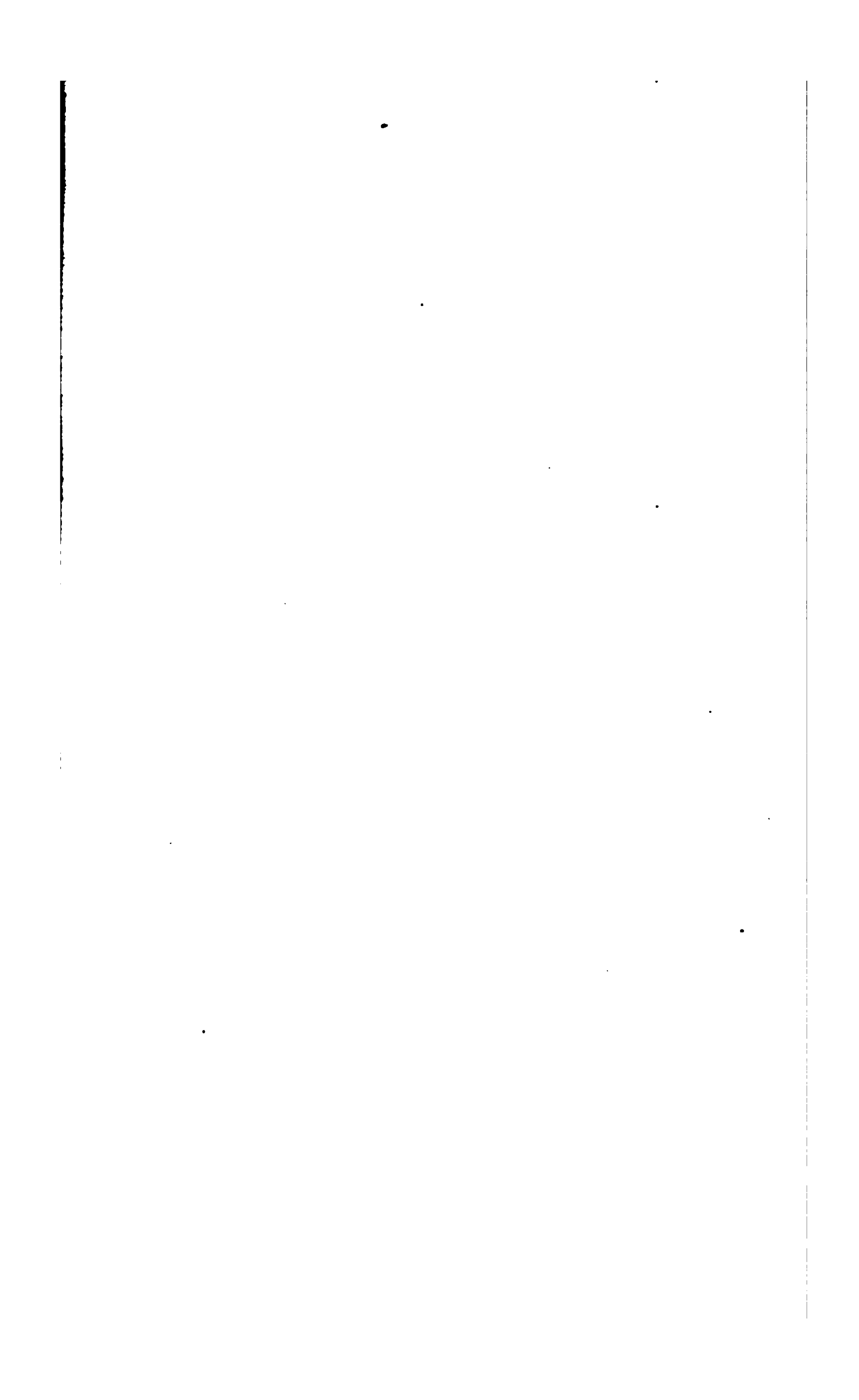
§ **46**] Bei der Interpretation (s. oben § 25) wollen die Röm. Juristen Wortlaut und Sinn ebenmäßig berücksichtigt wissen; jener müsse zuerst angesehen werden, aber immer der Wille des Urhebers den Ausschlag geben: *Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (*Paul. in fr. 25.* § *1. D. de legat. III.*) — *prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis* (*Cels.* in *fr. 7.* §. *2. D. de supell. leg. 33, 10*) — *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (*Cels.* in *fr. 17. D. de legib. 1, 3*) — *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere* (*Cels.* in *fr. 24. D. eod.*). —

Erster Theil.

Die Geschichte

des Römischen Rechts- und Staatswesens

bis zur Höhe der Römischen Jurisprudenz.



ERSTES BUCH.

Ausgangspunkte und Umrisse.

Erster Abschnitt.

Rom's Vor- und Urzeit.

I. Kapitel.

I. Italiens Völker und Lage Rom's.

§ **47**] Drei große Halbinseln bildend streckt sich Europa in das Mittelländische Meer hinein, welches, der größte Meerbusen der Erde, fast wie ein Binnenmeer erscheint und durch eine Küstenentwicklung ohne Gleichen ausgezeichnet ist. Auf der mittleren dieser Halbinseln, am Hauptflusse Mittelitaliens, unfern der Westküste, liegt Rom, schon durch seine Lage wie zur Herrschaft über Italien und die gesammte Mittelmeerwelt prädestinirt. Rom's anfangs dunkle und sagenhaft verhüllte Geschichte erhebt sich mitten aus dem vielfach bewegten italischen Völkerleben, welches nach der indogermanischen Ureinwanderung von Asien nach Europa wohl Jahrhunderte lang chaotisch und resultatlos fortgährte, bis es der Römischen Energie gelang, dieser Bewegung eine Richtung und den Einzelkämpfen ein großes und allgemeines Ziel zu geben.

§ **48**] Auf Grund der neueren epigraphisch-linguistischen Forschungen werden jetzt fünf Stammgruppen der alten Bewohnerschaft des italischen Bodens unterschieden, nämlich von Norden nach Süden gerechnet: die Gallier (Po-Thal), Etrusker (Arno-Thal), Italiker im engern Sinn (am Tiber, Aternus und Volturnus), Messapier (oder Japyger) und die Griechen. Unter diesen sind die Gallier und die Griechen wohl die jüngsten Ansiedler — jene zu Land, diese über See gekommen, gleichsam den äußern Ring des italischen Völkerlebens darstellend —, die übrigen drei aber sind jedenfalls von Norden her über die Alpen nach Italien eingewandert, voran die Messapier, zuletzt die Etrusker. Letztere drei bildeten den eigentlichen Grundstock der italischen Bevölkerung, und unter ihnen ist es der mittlere, welcher später-

hin sich zum Hauptträger der italischen Volks- und Staatsgeschichte erhob. Er entbehrt eines specifischen Gesammtnamens und wird bald als Italiker im engern Sinn (Th. Mommsen), bald als Umbrer im weitern Sinn (Schwegler) bezeichnet; näher als irgend einer andern arischen Völkerfamilie ist er den Griechen verwandt, und das Gefühl einer gewissen genetischen Zusammengehörigkeit mit jenen macht sich früh bei ihm geltend.

Dieser Stamm der Italiker oder Umbrer gliederte sich zuerst in zwei Völker: die Latiner und Umbrer, letztere aber zerfielen dann in (Neu-) Umbrer (mit der Abzweigung der Volsker)[1] und Sabeller (auch Osker oder Samniten genannt). Während die ersteren sich an der Westseite Mittelitaliens festsetzten, behielten die Umbro-Sabeller vornehmlich die Ostküste inne, und jene hatten also mehr die Ebene, diese mehr die Berglandschaft; die letzteren blieben bald hinter jenen in der Culturentwicklung zurück.

§ **49**] Die Wanderungen und Kämpfe, wodurch allmählich die Gebiete dieser Völkerschaften sich absteckten, reichen von dem s. g. Aboriginerkriege des 13. Jahrh. vor Chr. (?) bis in das historische Dämmerlicht des Römischen Königthums herab. Dieser Zeitraum von mindestens einem halben Jahrtausend ist mit einem wirren Sagennetz umsponnen, welches weder an Schönheit noch an Fülle sich mit der hellenischen Mythenwelt vergleichen läßt; in keinem Epos hat sich die italische Nationalerinnerung mit der Nationalphantasie gepaart; die sabellische Ursitte des *ver sacrum* ist der einzige poetisch-historische Faden in jenem Netzwerk, welcher zugleich farbig und fest dauerndes Interesse weckt.

Der Hauptzug jener vorrömischen Völkerbewegung scheint vom Norden auszugehen, indem die alten Umbrer, einstmals groß und mächtig, von den Galliern und Etruskern gedrängt, die südlich angrenzenden Sabeller einengten, so daß diese theils durch Aussendung von Töchterstämmen (Samniter, Picenter, Marser u. s. w.)[2] sich Luft machten, theils mit ihrer Masse die Latiner bedrängten.

§ **50**] *Omina principiis inesse solent* (*Ovid. Fast. I, 178*), war ein Römischer Glaubenssatz, welcher auch den Juristen nicht fremd war, denn Gaius (in fr. 1. D. de O. J. 1, 2) sagt: *et certe cujusque rei potissima pars principium est*, und wirklich scheint es, wo ein straffer Geist sich entwickelt, als werde der Fortgang vom Anfang auf eine geheimnißvolle Weise regiert. Darum ist es jedenfalls dem Römischen Sinne selbst entsprechend, wenn in den neueren Forschungen versucht wird, den Schleier zu lüften, welcher über Rom's geschichtlichem Ursprung liegt, und die treibende Ursache des ersten Aufblühens dieser einzigartigen Stadt zu ergründen.

Entstand Rom unter den mehr oder minder zufälligen Umständen persönlichen abenteuerlichen Wagnisses, indem ein von Sabinern entsendetes *ver sacrum* dort zuerst Wurzel schlug, und indem dann vielleicht daneben der absonderliche Platz die Bedeutung eines Postens er-

hielt, welcher während des oben bezeichneten Völkerstreites von Latium aus in der Ebene vorgeschoben dastand, um einer latinischen Reaction wider die Umbro-Sabeller Halt zu geben, und nun vielleicht den Antagonismus in einem friedlichen Mischungspunkte milderte: was zu der nachherigen Geschichte der räuberischen Sabiner und der gegen Latium vordringenden Volsker[3] trefflich passen würde? Oder wurde Rom als Bollwerk gegründet gegenüber den nicht verwandten und feindseligen Völkerschaften Etruriens, so daß der Geist einer militärischen Markgenossenschaft da geweckt werden mußte: wie er in dem bekannten fortdauernden Gegensatz Römischer und Etrurischer Landschaft lange noch nachgewirkt hat und in den Kämpfen mit der Etrur. Vormauer und Gegenfestung Veji wiederholt deutlich hervortritt[4]? Oder erblühte die Ramnische Hirtenburg, weil durch ihre Lage für ein mittelitalisches Emporium geeignet, zu der hervorragenden politischen Sonderstellung innerhalb Latiums: welche Vermuthung Mommsen's[5] wie ein Blitz in die Nacht der geographischen und historischen Situation des ältesten Rom blendend hineinzuckt? Ueber diese Fragen werden wir schwerlich je mit voller Sicherheit aufgeklärt werden, und es bleibt für manche andere theils adminiculirende, theils modificirende Hypothesen Raum. —

Literatur: 1) Schwegler Röm. Gesch. I. S. 178. — 2) Ders. I. S. 242. 3) Ders. II. S. 305. 691 ff. — 4) Ders. II. S. 737; Voigt d. *jus naturale* und *gentium* d. Römer II. S. 553—558. — 5) Mommsen Röm. Geschichte I 1. Kap. 4.

II. Kapitel.

II. Rom's Karakter.

§ **51**] Rom's Name klingt fast wie das Fatum in der Weltgeschichte. In einer Stadt scheint sich eine ganze Nationalität zusammenzufassen, und diese Stadt, diese Nationalität ist eine Weltmacht geworden, eine Weltmacht von unvergleichlicher Triebkraft und Zähigkeit. Das Römerthum ist die incarnirte Energie; darum wenn die Energie das specifische Element des Rechts ist, mußte auch Rom der classische Boden der Rechtserzeugung werden. Das, was wir unter Karakter im eminenten Sinne verstehen, hängt mit der Energie* aufs Engste zusammen: einen Karakter nennen wir den Geist, welcher sich selbst energisch zusammennimmt, jederzeit beherrscht und als denselben bestimmten und unwandelbaren in der mannichfaltigen Aufeinanderfolge des Handelns erweist. Solcher Karakter bildet sich nur im Kampf des Lebens, und je tiefer und innerlicher dieser Kampf ist, um so voller und kräftiger gedeiht der Karakter, wenn er Sieger bleibt; am tiefsten aber ist der Kampf, wenn die eignen Elemente des Geistes gährende Gegensätze des menschlichen Lebens sind. Mit solchen Gegensätzen hat Rom begonnen, im Kampfe derselben ist es gewachsen, und sie

*) s. oben § 3.

innerlich bewältigend ist es zur Weltmacht geworden. In diesem Karakterkampfe liegt das Geheimniß von Rom's Größe und Dauer.

§ 52] Der Dualismus, mit welchem Rom beginnt, ist zunächst ein stammlicher: diese Thatsache trotzt aller Anzweiflung. Rom ist von Anfang eine Doppelstadt, die Römische Nationalität concretistisch entstanden aus zwar verwandten, aber doch verschiednen Stammesindividualitäten; die Latiner und die Sabiner haben beide beigetragen, und daher kommt es, daß die Römer selbst[1] sich weder zu jenen, noch zu diesen zu rechnen pflegten.

Die Sabinischen Bergvölker zeigten ein Festhalten an den religiösen Traditionen und den natürlichen Ordnungen des Geschlechterwesens, während die Männer der latinischen Ebene einen Trieb nach freier selbstbewußter Bewegung im Leben und Verkehr entwickelten, zu kriegerischer Initiative immer gerüstet. Man hat hier den Dualismus des weiblichen und männlichen Elements erkennen wollen, und könnte, um die Tiefe des Gegensatzes auszudrücken, jedenfalls nicht tiefer greifen. Man könnte ebensogut von einem Gegensatze orientalischer und occidentalischer Tendenz reden, welche sich bei den östlichen Sabinern und den westlich gekehrten Latinern geregt habe, oder den Dualismus des Priester- und des Kriegerstandes angedeutet finden, welcher im Orient zu einem Rassen- und Kastengegensatze ausgeprägt auf italischem Boden sich nur stammweise dargestellt und in Rom also mit ungewöhnlichem Glück verschmolzen habe. Genug, es waren jedenfalls bedeutsame Gegensätze vorhanden, welche, durch den Unterschied energisch angelegter und in ihrer vollen Naturkraft aufwachsender Stammesindividualitäten gegeben, um das Capitol herum wie in einem Brennpunkt zusammengetroffen waren.

§ 53] Gewiß liegen in diesem ethnischen Dualismus des Anfangs auch die Wurzeln eines weiteren Gegensatzes, nämlich desjenigen der politischen Temperamente, welche mit so merkwürdigem Gleichgewicht fortan durch die ganze Geschichte Rom's den Schwerpunkt seines Lebens balanciren. Wie von zwei Lebenspunkten aus sehen wir immer in Rom die Neigung zur Stabilität und Exclusivität und die Regung zur Progression und Evolution sich geltend machen, und es liegt nahe, zu denken, daß aus dem Sabinischen Element der aristokratische Conservatismus, wie aus dem Latinischen Element der demokratische Liberalismus seine erste Nahrung zog.

Dagegen hängt es wohl mehr mit socialen, als mit ethnischen Momenten zusammen, daß daneben ein Gegensatz der juristischen Typen zu Tage tritt, welcher den Blick des Juristen vorzugsweise fesselt:* auf der einen Seite sehen wir ein Beharren in eingeschlossenen genossenschaftlichen Lebenskreisen und ein Aufgehen der Einzelnen im Gemeinwesen, während auf der andern Seite der Einzelne nach eigner Geltung, nach Anerkennung seines individuellen Handelns und Lebens,

*) s. unten § 83.

nach Befreiung aus der genossenschaftlichen Gebundenheit trachtet. Ich möchte jenes den publicistischen, dieses den civilistischen Typus des Rechts nennen.

§ 54] Endlich fällt uns im alten Römerthum ein Gegensatz der socialen Naturelle auf, welche sonst in getrennten Volks-, Lebens- und Wirthschaftskreisen hervorzutreten pflegen. Wo haben sich sonst ein so thatkräftiger Militärgeist und ein so strebsames städtisch-bürgerliches Naturell so eng vereinigt gefunden? Daß der ganze altrömische Organismus von militärischer Disciplin durchhaucht ist, haben die späteren Römer selbst bemerkt; aber daneben ward Rom, wie von den neuesten Forschern betont wird, frühzeitig und vornehmlich das Laboratorium eines regen commerciellen Lebens und eines kräftigen Verkehrsrechts. Der *exercitus* war der *populus in procinctu,* die Erziehung des Soldaten fiel mit der des Bürgers zusammen, das Forum war der Wahlplatz eines Kampfes, welcher, ein civilisirter Krieg, das Wesen des Verkehrs bildet, und die Verkehrsbewegung der Güter erschien als ein Wettkampf der Personen: so fanden sich die Werke des Kriegs und die des Friedens, welche sonst so gegensätzlich sind, in Rom vermählt und in wechselseitiger Berührung wunderbar gestärkt. — Wohin wir also blicken, Gegensätze und deren karakteristische Ueberwindung!

§ 55] In einem solchen Processe kampfvollen Werdens kann die reine Naivität natürlich nicht gedeihen, und darum treffen wir im Römerthum früh ein Element künstlicher Planmäßigkeit und organisatorischer Reflexion. Rom ist nicht geworden, sondern „gemacht“: dieser Gedanke ist auch der Grundfaden, welcher durch die Römische Sage vom Entstehen und Wachsen der Stadt geht; es erklärt sich daraus, daß immer mit so ungemeiner Raschheit und Klarheit die politischen und juristischen Triebe zu plastischen Instituten ausgemünzt wurden, und daß vor dem nüchternen Realismus die Phantasie nicht zur Blüte und der Kunsttrieb nicht zur selbständigen Entfaltung gelangen konnte.[2]

Dazu kommt Folgendes. Die Römische Nationalität ist die italische; während bei anderen Nationen die Entwicklung an vielen Punkten einzusetzen pflegt, die dann zur Einheit zusammenstreben, ging im alten Italien Alles von Einem Punkte, von Rom aus. Rom kämpfte den Gegensatz der Stämme durch als einen inneren Kampf, und nach Außen trat es immer mit der Vollkraft expansiver Einheit auf; so prägte es der Geschichte der italischen Nation jenen Karakter der Centralität auf, welcher Rom als den Anfang erscheinen und Italien aus Rom hervorgehen ließ. Die Vorstellung, welche die Römer selbst von dem Ursprunge ihrer Hauptstadt und den Anfängen ihres Rechts- und Staatswesens hatten, wird von dem stolzen Gedanken beherrscht, daß der Römische Staat Niemandem Etwas, und sogar seine Entstehung nur sich selbst verdanke. Rom sollte sich selbst geschaffen, das Römische Volk ohne die Bedingungen des gewöhnlichen Völkerlebens ganz von vorn begonnen haben, wie das Menschengeschlecht gleichsam am Anfang

aller Geschichte. Mit dieser Vorstellung warf der Geist Römischer Reflexion ein Spiegelbild von der geschichtlichen Thatsache zurück, daß Rom, der aus disparaten Stammelementen gemischte Grenzort, unter außerordentlichen Umständen gestiftet, alle Phasen des politischen Genius von Neuem und selbständig durchlaufen und die juristische Kosmogonie im Kleinen recapitulirt hat. Rom hat von und mit sich angefangen, und diese monopolartige Stellung weiß es im Gewühl der Völker und Sprachen zu behaupten als Hort der Ordnung und Gesetzgeber der civilisirten Welt[3]. —

Literatur: 1) Schwegler Röm. Gesch. I. S. 488. 503. — 2) Mommsen Röm. Gesch. I. S. 469. 485. Ihering Geist d R. R. I. § 20. z. A. — 3) Schwegler I. S. 466. Ihering I. § 8. S. 97—99 und § 20. S. 336 (d. 2. Aufl.). Lange Röm. Alterthümer I. § 26. S. 73.

III. Kapitel.

III. Die patriarchalische Zeit Rom's.

1. *Res familiaris* (*gentes* und *clientes*).

§ 56] Die natürliche und gleichsam geborne Urform des Gemeinwesens ist die Familie; in ihr sind die beiden Positionen des *privatum* und *publicum jus* noch ungeschieden. Sie erscheint theils als ein engerer in der Häuslichkeit und unter dem väterlichen Regiment beschlossener Kreis (*familia* im engern Sinne, *domus*), theils als ein größerer, die erweiterte Verwandtschaft umschließender, sich ins Unbestimmte ausdehnender und erst mit dem völligen Erlöschen aller Erinnerung des genealogischen Zusammenhangs zerrinnender Kreis (*gens*, Geschlecht).

Im Geschlechterverband muß auch das Gemeinwesen der Römer in ältester Zeit bestanden haben: in diesem Punkte laufen alle Linien der Röm. Tradition zusammen. Von der Sage ward die Gründung Rom's als eine Unternehmung von Hirten[1] geschildert (Varro R. R. II, 1, 9); als wandernde Jäger- und Hirtenvölker müssen die Italiker über Italien gekommen seyn, und in der Beziehung zu den Unterjochten scheint noch lange, nachdem jene vom Land Besitz ergriffen und sich seßhaft gemacht hatten, ein Zug des Hirtenthums bestimmend gewesen zu seyn. Hirtenleben aber hat keine Geschichte und erfüllt sich in der bewegungslosen Form der Familien- und Stammverbindung.

§ 57] Das natürliche Haupt des natürlichen Organismus der Familie ist der Erzeuger, weil er der Stifter und Erhalter des Hauses, dieses seine Errungenschaft ist. Die Hand aber ist das natürliche Organ des Handelns, in seiner Hand hält das Oberhaupt die Familie und den Familiensitz, er ist darum ihr Herr und Gebieter, *herus* (χείρ), und das Familiengut heißt *heredium;* dasselbe bildet das Object des *domesticum imperium* (*parere*, *parare*). Nach Außen kommt zunächst nur der *herus* in Frage, indem er mit seiner Persönlichkeit die Familie deckt; er ist das *caput*, er allein hat die volle Rechtsfähigkeit (*caput*), in seinem *caput* sind Familie und Familiengut beschlossen, aber indem sie zugleich zu seiner Geltung beitragen.

Sein Gebieten und Walten über Familie und Haus ist als ein priesterlich-patriarchalisches (gebieten, bieten, opfern) zu denken,[2] welches sich streng in den überlieferten Formen hält und unter dem Einflusse des umgebenden Verwandtenkreises steht. Jedes Haus ist eine wirthschaftliche Welt im Kleinen; Austausch der Güter zwischen Einzelnen (Nachbarn d. h. Freunden, d. h. Verwandten) ist noch Ausnahme, denn die Entfaltung des Verkehrs ist zu aller Zeit eine mühsame Arbeit, Sparsamkeit der Verkehrsformen für jene erste Zeit Rom's keine Armuth, sondern eine genügende und heilsame Einfachheit, welche Verwickelungen fern hält.

Wir dürfen vermuthen, daß die anerkannten Rechtsgeschäfte in religiöser Weihe ihren Angelpunkt hatten, und wichtige Veräußerungen nur unter öffentlicher verwandtschaftlicher Autorisation geschahen. Ein etwaiger Streit mußte, als ein Streit unter Nachbarn und Verwandten, auf dem Wege gütlicher Auseinandersetzung, etwa unter religiöser Anordnung und berathender Betheiligung der Genossenschaft, verglichen werden.

§ **58**] Die in Linien (*stirpes*) auseinandergehende Familie (*gens*) blieb in sacraler Gemeinschaft (*sacra gentilicia*), behauptete ein gewisses Gesammtbesitzthum an Wald und Ackerland, sowie eine über die Geschlechtsgenossenschaft sich erstreckende Sittenpolizei, und mit dem Recht der Bevormundung unmündiger Genossen mag sich die Pflicht der Unterstützung aller hülfsbedürftigen Genossen verbunden haben.

Zu dieser Gentilenverfassung gehörte auch das Institut der Clientel, d. h. jene erbunterthänige Schutzverwandtschaft, welche denen, die *gentem non habent*, d. h. den geschlechtshörigen Hintersassen (*clientes*, πελάται) Anwartschaft auf Beistand und Vertretung (*patrocinium*), denen, die *gentem habent*, d. h. den Schutzherren (*patroni*) Anspruch auf Ehrerbietung und Dienstwilligkeit (*obsequium*) gab, gegründet auf der Voraussetzung wechselseitiger Treue und folglich eine Art Lehnsband. Die Clienten hingen wohl gruppenweise mit den einzelnen *gentes* zusammen und waren passive Glieder in deren sacralem Organismus; einer anderen, als sacralen, Incorporation der unterjochten Urbewohner würde das Gemeinwesen der ältesten Zeit schlechthin widerstrebt haben.

Wir dürfen annehmen, daß die Clienten wie an den *sacra gentilicia*, so auch an dem Gemeinbesitzthum der *gens*, wovon ihnen seiten der Patrone (*domini*) besonders Heerden und Weideland zu eignem Betrieb leihweise ausgethan wurden (*peculium* und im Gegensatz dazu das zurückbehaltene, bez. unverleihbare Gut des Patrons: *patrimonium*), betheiligt waren, und daß sie dafür einen Grundzins zu zahlen, auch Heeresfolge und vielleicht gewisse Frohnden zu leisten hatten. Mancher Grundzug dieser alten Clientel mag später auf den Stand der Freigelassenen übertragen worden seyn. —

Literatur: 1) Schwegler Röm. Gesch. I. S. 457. Preller Röm. Mythologie S. 18. — 2) Grimm's Wörterbuch II. Sp. 4. —

IV. Kapitel.

2. *Res publica* (*curiae* und *rex*).

§ 59] Auf der natürlichen Grundlage der *gentes* setzte sich das öffentliche Gemeinwesen zusammen, aber nicht so, dass dieselben die unmittelbaren Bestandtheile des Staatswesens bildeten; dieses zog zwar einen Hauptheil seiner Nahrung aus dem Gentilverbande, aber hob sich in mehr oder weniger freier Weise von ihm ab. Der Römische Urstaat trägt das Gepräge eines vertragsmäßigen, föderalistischen Planes, und vornehmster Ausdruck desselben ist die künstliche Gliederung der 30 *curiae*, eine Institution, deren Wurzel vielleicht mit der zwischen *Ramnes* und *Tities* gestifteten Gemeinschaft zusammenhängt (*viria* = Mannschaft, *coviria* = Mitmännerschaft!).

Auch diese *curiae* waren als sacrale Gemeinschaften, mit einem *flamen curialis* an der Spitze, geordnet, aber vorzüglich bildeten sie unter ihren *curiones* die Grundlage der militärisch-politischen Organisation. Jede Curie stellte 100 Mann zur Legion (d. h. dem einfachen Aufgebot), vielleicht auch 10 Mann zur Reiterei (*Celeres*). Curienweise traten die Quiriten in inneren Staatsangelegenheiten zusammen; man kann mit Lange[1] passive und active Volksversammlungen in jener Zeit unterscheiden; jene wurden durch öffentlichen Ausruf versammelt und daher *comitia calata* genannt: in ihnen erschienen die Curienbürger, um Mittheilungen zu empfangen und Acte zu beglaubigen; wichtiger waren die im engern Sinne *s. g. comitia curiata*, in denen ein *agere cum populo* stattfand: hierbei ward curienweise und innerhalb jeder Curie *viritim* abgestimmt, so daß die Mehrheit der Curialen als Stimme der Curie und die Mehrheit der Curien als Stimme des *populus* galt.

Zur Competenz der Curiatcomitien gehörten — außer dem bei *perduellio* unter gewissen Umständen zustehenden Begnadigungsrecht[2] — die *cooptatio in patricios* d. h. Naturalisirung fremder Familien, z. B. der *gentes Albanae* unter *Tullus Hostilius*, die *arrogatio* selbständiger Bürger (ob auch einzelner Ausländer behufs Naturalisirung?), und die *creatio regis* auf Grund einer *rogatio* des *interrex*.

§ 60] Auf dieser Basis der Curien ruhte der in monarchischer Spitze auslaufende Staatskörper; der *rex* war in gewissem Sinne dessen Haupt, obschon er nicht auf dynastischem Wege aus der Genossenschaft hervorwuchs; als gekorner, nicht geborner Monarch reflectirt auch er die künstliche Einheit des Gemeinwesens. Zwar finden sich Anklänge an den Familientypus: der König schien dem *paterfamilias*, sein senatorisches *consilium* dem Familienrath, die *regia potestas* der *patria potestas* ähnlich[3], und man hat sogar in den Opfern des Königs (*Jupiter Quirinus*) und der Curien (*Juno Quiritis*) die Idee eines sacralen Ehebundes, eine *manus* des Königs über den *populus* erkennen wollen[4]: dennoch hieß das Oberhaupt nicht *pater* oder *herus*, sondern *rex*, d. h. Lenker des Volks (ποιμὴν λαῶν), und wenn Pomponius in *fr. 2. §. 1. D. de O. J.* (*1, 2*) sagt: *initio civitatis nostrae omnia manu a regibus gu-*

bernantur, so ist damit wohl weniger eine familienartige und oberherrliche Gewalt, als nur das unmittelbare persönliche Eingreifen des Königs gemeint, wie es der staatsökonomischen Einfachheit der Urzeit entsprach, und z. B. in Ansehung des Richteramtes von Cicero (*de republ.* 52) so bezeichnet ward: *nec quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis.*

Allerdings war die dem *rex* zustehende magistratische Machtfülle eine ausschließliche: er hatte nur Diener unter sich, nicht aber selbständige Gehülfen mit eigner magistratischer Machtvollkommenheit neben sich (s. Pompon. in fr. 2. § 14. D. de O. J. 1, 2) Solche abhängige Stellvertreter des Königs waren in weltlichen Angelegenheiten der *Tribunus Celerum, Praefectus urbis*, die *Duumviri perduellionis* und zwei *Quaestores parricidii*[5]; außerdem fungirten für religiöse Sachen die Priester der Staatsgottheiten (*Flamines*) und bei völkerrechtlichen Handlungen der *Pater patratus.* In jenen *Flamines* sehen wir ständige Organe vom Königthum abgezweigt und den Anfang zur Verweltlichung des Königund Staatsthums gegeben[6].

§ **61**] Daneben hatte in dem *Consilium regium* (*Seniores*, später auch *Senatus*[7]), sowie den drei auf Cooptation (von Anfang her?) beruhenden Collegien der *Augures, Pontifices* und *Fetiales* einentheils der König selbst einen Beirath erfahrner und sachverständiger Bürger, anderntheils der *Populus* eine Gewähr seiner Ueberlieferungen und Sitten. Der gewöhnlichen Tradition zufolge, die aber schon durch Dionysius 2, 12 in Frage gestellt ist, ging der Senat aus königlicher Ernennung (*lectio*), in der That aus der Abordnung der *gentes* hervor. *Rex* und *Populus* (*comitia curiata*) aber beschränkten sich gegenseitig dermaßen, daß keines der beiden Staatsorgane als Träger der eigentlichen Souveränität gelten kann; man möchte sagen, diese sei unter ihnen getheilt gewesen, wenn nicht der Bereich des organisirten Staatswillens so eng gewesen, und der Hauptzug der Rechtsentwicklung der naturwüchsigen Sitte der Geschlechter überlassen geblieben wäre: *populus sine lege certa et sine jure certo agere instituit* (*Pompon. l. c.*). Es konnte daher auch von einer Staatsgewalt der Legislative noch nicht eigentlich die Rede seyn: weder dem König noch den Comitien stand eine solche zu. Ueberhaupt gebrach es noch am rechten Sinn für Aufstellung formulirter Normen von grundsätzlicher Tendenz; die in das Staatswesen eingreifenden Beschlüsse waren immer nur concreter Art, Gelegenheitssatzungen, sie trugen das Gepräge von Verträgen (vergl. Pap.: communis reipublicae sponsio in fr. 1. D. de leg. 1. 3), Verträgen zwischen König und Volk, etwa mit dem Nebengedanken, daß sie zugleich Compromisse zwischen den *Tribus* und den *Gentes* seien. Namentlich der Königswahl mag dieser Nebengedanke zugrunde gelegen haben (*regem legere, lex*).

§ **62**] Die *regia potestas*, welche hauptsächlich nur in einer Repräsentation und Administration des Gemeinwesens bestand, gipfelte in dem *Imperium*, kraft dessen das Oberhaupt als Gebieter aller Einzelnen anerkannt wurde und demgemäß Vermögensbußen (und Steuern?) auf-

legen, das Kriegsheer (*legio*) einberufen und durch Richterspruch Execution und Capitalstrafen verhängen konnte, gleich als ob ihm das *jus vitae ac necis* über die Quiriten zustände. Durch besonderen Curienbeschluß (*lex curiata de imperio: Cic. de rep.* 2, 13. 17 *sq.*, bei Liv. als *patrum auctoritas* bezeichnet) ward diese richterliche und kriegsherrliche Zwangsgewalt nach vollzogener *inauguratio* dem *rex* feierlich übertragen, und ihm damit wie durch eine Wahlcapitulation die äußerste Linie seiner in die private Souveränität der einzelnen Geschlechtshäupter (*patresfamilias*) eingreifenden obrigkeitlichen Gewalt umschrieben[8]. Wenn etwa (neue) Verfassungsregeln beliebt wurden, so mochten solche bei dieser Gelegenheit aufgestellt werden; eine andere Gelegenheit gab es schwerlich. Vielleicht gehört hierhin die von Tullus Hostilius eingebrachte *lex de insignibus regiis* (*Cic. de republ.* 2, 17. *Dionys.* 3, 62). Das Königsamt bedurfte zu seiner Constituirung der Auspicien; der König übernahm dieselben, allein im letzten Grunde ruhten sie bei der Gesammtheit der *gentes*, diese waren die eigentliche Quelle der Auspicien, und das *Interregnum* war das legitime Mittel, die Auspicien gleichsam aus ihrer Quelle wieder herzustellen. Doch bildeten die Auspicien selbst nicht die Quelle, sondern nur eine Ergänzung der königlichen Gewalt. Die Quelle dieser war Vertrag. —

Literatur: 1) Lange Röm. Alterth. I. § 54. — 2) Ders. § 52. S. 329. — 3) Ders. § 44. — 4) Ders. § 45. S. 246. — 5) Ders. § 52. — 6) Ders. § 48. — 7) Schwegler R. Gesch. I. S. 635. — 8) Ders. I. S. 653. 664. Lange R. Alterth. I. S. 264. —

Zweiter Abschnitt.

Plan und Gliederung der Römischen Rechtsgeschichte.

V. Kapitel.

I. Die Grenzpunkte der Entwicklung.

§ **63**] Wenn wir an die Aufgabe herantreten, den Plan zu ermitteln, nach welchem der Römer Recht und Staat sich vermöge ihrer inneren Lebensanlage entwickelt und aufgebaut haben: so muß es mit dem Bewußtseyn geschehen, daß die Zeiteintheilung der politischen Geschichte keines anderen Volkskreises in der ganzen Weltgeschichte die gleiche Wichtigkeit hat. Während die Bewegung der orientalischen Cultur mehr nur ein jäher Umsprung und wirrer Wechsel von Eruption und Stagnation ist, gehört zur Karakteristik des occidentalischen Geistes die Stetigkeit des Entwicklungsganges; in Rom aber gründete sich dieser Geist seinen dauernden Sitz, und demgemäß ist die Römische Rechtsgeschichte classisch durch die ausdrucksvolle Plastik in der Gliederung

eines großen politischen Lebenslaufs. Diese Gliederung hat die juristischen Denker viel beschäftigt, aber die Schwierigkeit der Erfassung organischer Glieder ist schon an sich bedeutend, und erhöht worden ist sie hier noch dadurch, daß man oft die äußere und die innere Rechtsgeschichte auseinander gehalten und für jede eine besondere Reihenfolge von Perioden gesucht hat, auch dadurch ganz besonders, daß man sich bei Bestimmung der Grenze des Römischen Lebens hat beeinflussen lassen durch ein der Frage selbst fremdes, nämlich äußerliches und modern-practisches Moment.

§ **64**] Es ist nämlich zunächst zu betonen, daß die Entwicklung des Römischen Lebens beherrscht wird von dem Gesetze eines bewundernswerthen Ebenmaßes. Aeußere und innere Entwicklung halten Schritt, die Worte des Pomponius (in fr. 2. §. 7. D. de O. J. 1, 2): *augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, S. Aelius alias actiones composuit,* könnten zum Motto der Röm. Rechtsgeschichte generalisirt werden. Neue Gruppen von Rechtsinstituten, welche in den Röm. Lebenskreis eintreten, stehen immer mit neuen Quellenkreisen in Verbindung, und Fortschritte des Privatrechts sind jederzeit begleitet von entsprechenden Neubildungen im Staatsleben. Gerade in dieser historischen Gleichmäßigkeit ist ein Hauptbeweis gesunder Lebensfülle und ein Hauptreiz, welchen das Studium derselben gewährt, enthalten. Der Röm. Geist macht darum auch den Eindruck eines imposant geschloßnen Wesens, der Gang seines Lebens ist fast wie der einer individuellen Persönlichkeit, und sein Studium instructiv wie eine bedeutende Biographie.

§ **65**] Die Hauptfrage ist nun, in welcher Zeit das Römerthum den eigentlichen Kreislauf seines Lebens vollendet hat. Fast ausnahmslos hat man bis jetzt die Gesetzgebung Justinian's als den Abschluß betrachtet und die bis dahin gehende Rechtsentwicklung als einen historischen Gesammtproceß dargestellt; der durchschlagende Grund dafür war in der Reception des Justinianischen Rechts gegeben. Aber dieser Grund ist kein geschichtlicher, sondern ein äußerlich practischer.

Der wahre Abschluß liegt vielmehr in der Mitte des 3. Jahrh. n. Chr., zu welcher Zeit der nationale Geist des (occidentalischen) Römerthums im Wesentlichen mit sich zu Ende ist. Von da an erblicken wir nur Erstarrung und Verwesung der Römischen Elemente, nicht als ob seitdem überhaupt bloß Verfall und Untergang wäre (s. unten § III. Thl.), aber das Neue und Kraftvolle entsprießt nicht mehr der Römischen Nationalität. Diese verliert sich in der allgemeinen Culturströmung und Völkermischung; orientalische, germanische und christlich-universelle Einflüsse überfluten das Römerthum; was nach dem Erlöschen des juristischen Genius am Röm. Recht gewandelt und umgestaltet wird, ist nur ein Conglomerat unfertiger Experimente, durch welche das überaus helle und feine System des classischen Rechts verdunkelt, überladen und dessen didaktische Correctheit verkümmert wird. Mit der Jurisprudenz der Römer geht auch ihr Recht zu Grabe, und unmittelbar

hinter Modestinus, dem letzten der Koryphäen, thut sich der Abgrund einer fast absoluten wissenschaftlichen Leere auf. Rom ist todt, und Byzanz tritt eine Erbschaft an.

§ **66**] Blicken wir von da zurück auf den Anfang, so bedarf es auch darüber einer ausdrücklichen Orientirung. Der Anfang der Sage ist ja nicht auch der Anfang der Geschichte. Rom ist, so hat man nicht únrichtig gesagt, eine Zeit lang im älteren latinischen und sabinischen Herkommen noch gleichsam embryonisch verschlossen gewesen"[1].

Es ist nämlich neuerdings überzeugend dargelegt worden, daß die Königszeit, welche sonst als ein einiges Ganzes betrachtet ward, in zwei Abschnitte zu zerlegen ist. Die drei ersten Urkönige: Romulus, Numa Pompilius, und Tullus Hostilius erscheinen wie die eigentlichen Patriarchen Roms, ihre Namen schweben gleichsam in überzeitlicher Unbestimmtheit über den dunklen Anfängen der Stadt und des Staats, sie gelten als die Stifter des alten gentilicischen Organismus Rom's und repräsentiren dessen „unvordenkliche Verfassung"[2]. Mit Ancus Martius kündigen sich neue politisch-sociale Principien an, unter der Initiative der nun mehr und mehr autokratischen Könige tritt Rom in die Arbeit des politischen Völkerlebens ein, der *Gens* stellt sich in der *Plebs* ein neues Lebensprincip gegenüber, und im Kampfe der beiden bestimmt sich die Richtung der Bahn, welche zur Weltherrschaft führen sollte. Erst jetzt ist Rom's Geburt wahrhaft vollendet.

Es ergeben sich uns hiernach als die zwei Grenzpunkte der Röm. Rechts- und Staatsgeschichte etwa die Mitte des 7. Jahrhunderts vor- und die Mitte des 3. Jahrh. nach Chr. Es ist ein Zeitraum von 9 Jahrhunderten, in welchem der Lebenslauf und die Lebenskraft des Röm. Geistes sich vor unsrem Blick entfaltet; außerhalb dieses Zeitraums treffen wir fast nur auf undeutliche oder unerquickliche Bilder. Mit Ancus beginnt, mit Modestinus vollendet die eigentliche Geschichte des Römerthums.

§ **67**] Von besonderem Werth ist sodann ein mittlerer Punkt in dem so umschriebenen Zeitraum, was bisher beinahe ganz verkannt wurde: es ist der erste Punische Krieg, in dessen Zeit ein höchst bedeutender Umschwung fällt; hier schlingen sich wie in einem großen Knotenpunkte die auslaufenden Fäden einer alten und die angehenden Fäden einer neuen Zeit ineinander. Rom schreitet nun über Italien hinaus, umgibt sich mit einem Kranz von Provinzen und erweitert systematisch den Horizont seines Privatrechts durch Assimilirung freier dem *jus gentium* entlehnter Anschauungen. Der alte Gegensatz von *Gens* und *Plebs* ist endlich überwunden, ein neuer Gegensatz, der von *Romani* und *peregrini* tritt gleichsam an die Stelle. Jetzt beginnt der Römische Rechtstrieb sich in Rechtsbewußtseyn umzusetzen, und neben die Rechtsgeschichte tritt eine juristische Literatur und Dogmengeschichte; Tib. Coruncanius, der Vater der Römischen Jurisprudenz, ist der Zeitgenosse des ersten *Praetor peregrinus*. Bis dahin auch hat die starre Ordnung der *legis actiones* unbedingt geherrscht, nun aber muß die Umgestaltung des Civilprocesses in

die neue Form des Formularverfahrens begonnen haben: die größere Elasticität dieses Verfahrens stimmt ja ganz besonders zu dem wachsenden Einfluß der Magistratsgewalt und den angedeuteten Regungen einer freieren Rechts- und Weltanschauung.

In der Mitte des 3. Jahrhunderts v. Chr. muß also ein Lebensabschnitt des Römerthums erkannt werden, wenn überhaupt eine geschichtliche Gliederung desselben beliebt wird. —

Literatur: 1) Preller Röm. Mythologie S. 127. — 2) Schwegler Röm. Gesch. I. S. 590 ff. 609.

VI. Kapitel.

II. Uebersicht der Entwicklungsstufen.

§ **68**] Innerhalb des durch die Namen Ancus und Modestinus umschriebenen Zeitraums lassen sich folgende, den vier Lebensaltern eines Menschen vergleichbare, Perioden unterscheiden.

Die erste Periode (bis zur Zwölftafelgesetzgebung) zeigt uns Rom als hervorragende, bald als herrschende Stadt in Latium. Das inländische Geld ist noch nicht gemünzt, die Rechtserzeugung bewegt sich vorzugsweise in der naiven Bahn des Gewohnheitsrechts: es ist das Kindesalter des röm. Geistes. Dem Organismus der *gentes* tritt die *plebs* gegenüber, einen neuen socialen Ausgangspunkt enthaltend: der Kampf beider Elemente ist zunächst ein rein socialer. Für die Zeiten gemeinsamer äußerer Gefahr finden sie sich in dem Bande einer straffen Militärorganisation zusammen, aber ihr Friedensverkehr ist karg, und die Plebejer gelten den Patriciern fast wie *peregrini*. Unmöglich erscheint die Mischung des traditionellen Sacralstyls der Patricier mit dem beweglichen, profanen und specifisch civilistischen Rechtsstyl der Plebejer. Das staatsrechtliche Temperament Rom's ist durch und durch aristokratisch: sowohl unter den Königen, als in den Anfängen der Republik hat der Herrenstand (gegenüber den Clienten und Plebejern) die Zügel des Regiments, im Senat ruht der legitime Schwerpunkt des Staatswesens.

§ **69**] In der zweiten Periode (bis zu dem 1. Pun. Kriege) strebt Rom über Latium hinaus und besteht den Kampf um die Herrschaft über Italien. Das ist Rom's genialste Zeit, seine Sturm- und Drangperiode: in einer staunenswerthen Fülle kraftvoller Persönlichkeiten offenbart das Römerthum die sprudelnde Lebenskraft des Jugendalters. Rom münzt sich Kupfergeld und formulirt sich Gesetze: die ganze Periode trägt die legislative Signatur. Der Kampf der *Gens* und *Plebs* nimmt einen politischen Karakter an, indem die letztere nach staatlicher Gleichberechtigung strebt: am Ende der Periode hat die *Plebs* ihr Ziel erreicht, und der alte Gegensatz im Innern Rom's ist überwunden: Rom, in sich eins, einigt auch Italien. Unter den Impulsen des städtischen Mobiliarverkehrs gelingt der Sieg der von plebejischer Seite vertretenen profanen Rechtsprincipien, das *fas* verkümmert trotz der zunftmäßigen Handhabung des Rechts durch die *Pontifices*, und eine Schicht kunstmäßiger

Rechtsgebilde (*personae, res, actus incorporales*!) kommt zum Durchbruch; die Rede (*verborum figura*) gewinnt den Vorrang vor dem Ritus, der Mund vor der Hand. Das staatsrechtliche Temperament Rom's nimmt eine entschiedene Wendung zur Demokratie, indem die erstarkenden Tributcomitien nicht bloß zur vollen Legislative gelangen, sondern auch der Autorität des Senats so viel Terrain abgewinnen, als nur irgend mit einem leidlich gesunden Gleichgewicht der Staatskräfte verträglich ist.

§ **70**] In der dritten Periode (bis auf Augustus und Labeo) erhebt sich Rom zur Herrscherin des civilisirten Erdkreises: es wird eine Weltstadt. Die Bewohnerschaft des erweiterten Reichs zerfällt in Römer und Peregrinen: dieser neue Gegensatz nimmt gleichsam die Stelle des früheren verblichenen ein und stellt nun Rom seine größten Aufgaben. Rom ordnet den Zustand der überseeischen Gebiete und schafft so den neuen staatsrechtlichen Typus der Provinz; es empfängt aber von den unterworfenen Völkern, denen es Ordnung bringt, zugleich einen Schatz freier Lebensanschauungen und den Anstoß zu neuen Rechtsbildungen, welche sich theils auf dem Wege der Bürgersitte (*mos Civitatis*), theils unter der besonderen Pflege der Prätoren (*Edictum Praetoris*) entwickeln, ein neues freies Recht neben das alte *jus strictum* setzend. In der glücklichen Aneignung der fremden (hellenistischen) Elemente zeigt es die receptive und verarbeitende Kraft männlicher Reife. — Rom münzt jetzt Silbergeld und prägt seinem Verkehrswesen immer mehr städtischen Karakter auf; die Geldwirthschaft wird zur unbedingten Signatur, und demgemäß emancipirt sich der Rechtssinn in den Formen des Privatverkehrs von aller Sinnlichkeit: die *bona fides* und das *id quod actum est* kommen zur selbständigen Geltung, Aber während die Wissenschaft des Rechts zu erwachen und eine neue Proceßweise durch prätorische Formeln sich auszubilden beginnt, verwildert das Staatswesen, gerathen die reformirten Comitien unter Parteiführer der Optimaten und Demagogen, verliert der Senat die Zügel der Verwaltung, und finden ehrgeizige Consuln und Proconsuln Rückhalt in den Provinzen. Die Republik ist in Gefahr.

§ **71**] In der vierten Periode (bis Modestinus) reifen die Früchte des stolzen Baumes im ruhigen Sonnenschein speculativer Contemplation. Fundamentale Impulse werden seltner, doch gelingt es der Jurisprudenz, welche im Kampfe der aus ihrem Schoße gebornen Gegensätze erstarkt, das *jus civile* und *honorarium* in einem frei gegliederten System einheitlich ineinander zu bilden; in der Eleganz des Formulirens und der Feinheit des Distinguirens feiert die Jurisprudenz nun ihre glänzendsten Erfolge. Der durch Augustus centralisirte und durch seine Nachfolger ausgebildete Reichsorganismus bildet gleichsam das Schutzdach, unter welchem der Juristenstand sein Werk des Friedens unbehelligt vom Waffengetöse andrängender Barbarenvölker vollendet, und zugleich in dem *jus militum* neue Ideen und Ansätze künftiger Rechtssysteme sich ankündigen. —

ZWEITES BUCH.

Die Entwicklungsstufen.

Erste Periode.

Von Ancus Martius bis zur Gesetzgebung der XII Tafeln.

(ca. 640-450 v. Chr.)

VII. Kapitel.

I. Land und Leute.

§ **72**] Nachdem Alba Longa, „die alte heilige Metropole Latiums“, zerstört war, erweiterte sich das Röm. Gebiet vermuthlich rasch zu einem Umfang von 20 bis 30 Quadratmeilen mit etwa 100,000 Bewohnern, und zwar hauptsächlich auf Kosten der latinischen Nachbargegenden, deren Bevölkerung den Röm. Göttern und Magistraten (Königen) unterthan und theilweise sogar in die nächste Umgebung Rom's verpflanzt wurde. Rom setzte sich mit der Gründung seiner ersten Colonie (*Ostia*) am Meere fest und schwang sich — dies war „das große Werk der Königszeit“ — zur Hegemonie über Latium auf; seinem fortgesetzten Centralisationssystem entnahm es die Kraft zum Uebergewicht über den gesammten latinischen Gemeindeverband, obschon eigentlich die Föderation auf vollständige Rechtsgleichheit der Römer einerseits und der Latiner anderseits (Isopolitie: Dionys 7, 53; 8, 35) begründet, und dieses Verhältniß noch in der Bundeserneuerung v. J. 493 v. Chr. (Sp. Cassius) festgehalten war. „Schon damals mochten nur durch und mit Rom die Latiner ihre Küsten gegen die Karthager, Hellenen und Etrusker schirmen und ihre Landgrenze gegen die unruhigen Nachbarn sabellischen Stamms behaupten und erweitern können.“

Am glücklichsten dehnte sich die Südgrenze gegen die Aequer und Volsker aus, und es wurden hier zur Sicherung der entfalteten Macht lateinische Colonien, d. h. als autonome Glieder des latinischen Gemeindeverbandes anerkannte Bundesfestungen, gegründet. Dagegen hatte Rom einen harten Kampf, in welchem die tuskische Macht (Porsena von Clusium?) nahe daran war, die Suprematie über ganz Italien zu erlangen, mit dieser Macht besonders während der auf die Vertreibung der Könige folgenden Verwirrung und Schwäche zu bestehen. Erst nachdem durch Syrakus die karthagische Macht (bei Himera i. J. 480)

zurückgeschlagen war, fiel die Seeherrschaft ihrer etruskischen Verbündeten, um den Syrakusanern und Tarentinern zu weichen; Rom konnte nun gegenüber Etrurien seine frühere Stellung wieder erringen (älterer Vejenterkrieg, 483—474). Durch die kurz vorher (486) erfolgte Zuziehung der Herniker zu dem Röm.-latin. Bunde war es Rom gelungen, die Volsker zu isoliren und eine Vormauer gegen die Sabeller zu gewinnen. Die Ausbreitung der Herrschaft über Antium mißlang noch [1].

§ 73] Das städtische Leben muß unter den Tarquiniern einen raschen Aufschwung genommen haben, zur Zeit der Vertreibung der Könige war Rom bereits eine ansehnliche Stadt. „Wenn wir auch den Berichten der späteren Geschichtschreiber noch so wenig Vertrauen schenken mögen, so können wir doch den großartigen Bauwerken, deren unverwüstliche Reste noch zu unserem Geschlechte sprechen, nicht den Glauben versagen. Die Aufrichtung des majestätischen Capitolinischen Tempels, die Entstehung der riesenhaften Cloaken sind aber innig verknüpft mit den Schicksalen der Tarquinischen Dynastie. Diese bietet uns zugleich den Vortheil, daß es bei ihr zu dämmern beginnt in der Röm. Geschichte.“ [2] Das von Ancus vergrößerte Rom ward durch Erbauung des aventinischen Dianatempels geehrt, worin eine Anerkennung der Hegemonie über Latium lag, und mit einer neuen Mauer umgeben, welcher die neue Heeresordnung entsprach*; wie diese wesentlich hellenischer Art war, so machten sich allenthalben in der Ordnung der Maße und Gewichte, sowie der Circusspiele, selbst in dem neuen Bauschmuck der Stadt hellenische Muster geltend, [3] und die Reception der Sibyllinischen Orakel begünstigte die Verbreitung des griechischen Ritus (Apollo u. s. w.). „Rom war durch die Gunst der Geschicke und die Kraft der Bürger aus einer regsamen (Handels- und) Landstadt der mächtige Mittelpunkt einer blühenden Landschaft geworden“ und gleichsam zum zweiten Male geschaffen; doch bleibt das Volk Latium's vorwiegend ein ackerbauendes; „es hat sich in der ganzen Königszeit mit Kupfer nach dem Gewicht beholfen und selbst die fremden Münzen nicht eingeführt.“ [4]

§ 74] Ganz neue sociale Impulse erhielt Rom durch die von Ancus eingeführte, von Tarquinius Pr. begünstigte, von Servius organisirte Plebs, welche in raschem Wachsthum begriffen war. Sie konnte leicht immer tiefer in den Röm. Organismus eindringen, da die von ihr vertretene Richtung auf freie Güterbewegung und individuellen Privatverkehr in dem latinischen Element des Patriciats gewisse Anknüpfungspunkte und in dem Einflusse fremder (etruskohellenischer) Kulturstoffe erhebliche Förderung finden mochte. Durch dieses Eindringen des Plebejerthums war für Rom, welches bis dahin zwischen Latinerthum und Sabinerthum schwankte, das Uebergewicht des progressiven Karakters gesichert (s. oben § 52—54).

Der Kampf des Plebejerthums mit dem Herrenstande, welcher sich

---

*) Vergl. das folg Kap.

immer schroffer abgeschlossen zu haben scheint, zerfällt in zwei Perioden, deren Grenzscheide durch die Decemviralgesetzgebung gebildet ist. In der ersten Periode war der Kampf vielmehr ein socialer, als ein eigentlich politischer: nicht auf politische Gleichstellung und Theilnahme am Regiment ging jetzt schon das Streben der Plebejer, sondern auf Abwehr der Uebergriffe, auf Sicherstellung gegen die administrative und richterliche Willkür der patricischen Magistrate, sowie auf Abhülfe der wirthschaftlichen Noth durch Erleichterungen im Schuldenwesen und durch Aeckeranweisungen aus dem *ager publicus*. Dieses Streben bedrohte Rom mit Zerklüftung; der Plebs gelang es am Ende dieser Periode, sich zu einer geschlossenen Körperschaft zu constituiren, und das Verhältniß zwischen beiden Ständen näherte sich der Idee eines völkerrechtlichen Bundes zwischen zwei (unter ungleichem Recht) föderirten Gemeindestaaten; alle die Plebs als Stand betreffenden Gesetze kamen daher wie förmliche *foedera* des Fetialenrechts zu Stande, sie waren Friedensverträge und hießen davon *leges sacratae*. —

Literatur: 1) Schwegler Röm. Gesch. I. S. 730 ff. 787 ff. II. S. 198. 287 ff. 303 ff. 486 ff. Mommsen R. Gesch. I. S. 98. 104 ff. 324 ff. 342 ff. Lange Röm. Alterth. I. § 56. 60 (S. 415). — 2) Tauschinski i. d. Zeitschr. f. d. österr. Gymnas. 1864. S. 229. — 3) Ueber die Spuren hellenischen Einflusses aus der Periode der Tarquinier vergl. Bökh Metrolog. Untersuch. (1838) S. 206—8. Huschke Verfass. d. Serv. Tullius. S. 48. Grotefend Z. Geogr. u Gesch. v. Altitalien, 3. Heft (1840) S. 5. 6. Abeken Mittelitalien vor den Zeiten d. Röm. Herrschaft (1843) S. 24. 51. Peter Gesch. Roms I. S. 94. Schwegler I. S. 679 ff. Marquardt Röm. Alterth. IV. S. 43 ff. Voigt, das *Jus naturale* d. Römer II. S. 588. Lange I. S. 371. — 4) Schwegler I. S. 673. 781. 792 ff. Mommsen I. S. 109 ff. 202. Lange I. § 56 (S. 376 ff.) 57 (S. 388.) — 5) Schwegler II. S. 84. 209 ff. 249. 280 ff. 621 ff. Mommsen I. S. 262. 291. Lange I. S. 508. 527.

VIII. Kapitel.

II. Staat und Heer.

§ 75] Die älteste Römische Verfassung war eine aristokratische Patriarchie im Verhältniß des Herrenstandes zur Clientenbevölkerung gewesen. Als nun in der Plebs ein neues freies Volkselement hinzu und den *gentes* gegenübertrat, gerieth der Staat in Schwankung; dabei gewann zunächst das Königthum, dann aber, schließlich in Despotismus ausartend, unterlag dasselbe den vereinten Anstrengungen der Alt- und Neubürger und machte für's Erste einer unbedingt aristokratischen Republik Platz. —

I. Tarquinius Priscus wollte den angesehenen Familien der Plebs eine staatsrechtliche Stellung verschaffen; dies gelang ihm zwar nicht auf dem anfangs wohl beabsichtigten gewaltsamen Wege einer Gründung dreier neuer Stammtribus, sondern nur mittels Cooptation in die bestehenden Tribus, welche ohne Veränderung der vom Jupiter geheiligten Staatsform geschehen konnte. Die Aufnahme dieser Neupatricier (*minores gentes* oder *Ramnes, Tities, Luceres secundi*: *equites posteriores*) bewirkte aber eine beträchtliche Vermehrung des patricischen *Populus* (Cic. de rep. 2, 20; Liv. 1, 36), welche den nachherigen umfassenderen,

durch das Wachsthum der Plebs, sowie durch die Wehrhaftigkeit des Staats geforderten, Reformen im Schoße der Curien und des Senates Bahn brechen mochte.[1]

Dies ist die s. g. Servianische Verfassung. Dieselbe ließ den patricischen *Populus* in seiner gentilrechtlichen Sphäre unangetastet, stellte aber neben das genokratische Princip ein plutokratisches, indem sie das Vermögen, also ein profanes, Patriciern und Plebejern gemeinsames, Moment als Maßstab der Stellung innerhalb der hierdurch künstlich geschaffenen Sphäre, welche den Keim eines neuen Staatsbürgerthums in sich trug, annahm, und folglich die Plebejer zum Militär- und Steuerverband hinzuzog; zugleich beschränkte sie die Königsgewalt, da sie das zuvor in Bezug auf Aushebung und Steuerauflage unbeschränkte *Imperium regium* an die Norm des Census band. Es ward diesem neuen Gesammtvolke die Entscheidung über fremde und einheimische *perduellio* (d. h. über Angriffskriege und Hochverrath), wahrscheinlich auch die Wahl des Magistrats (Königs) ertheilt und für die Ausübung dieses neuen *jus suffragii,* bez. auch zur Anhörung der Verkündigung des Festkalenders, die Ordnung der *comitia centuriata* geschaffen.

§ 76] Der nächste Zweck der Servianischen Verfassung ging auf militärische Organisation des Volkes; gegründet aber ward sie auf den Census, und zwar innerhalb der durch gewisse Abstufungen des Privatvermögens gezogenen Schranken. Der Vermögensmaßstab war, wie es scheint, so eingerichtet, daß den Patriciern die Hauptrolle in der Schlacht und bei den Volksabstimmungen ein Uebergewicht blieb: von den aufgestellten fünf Classen wurde nämlich die erste (*principes*), welche allein nicht weniger als 80 Centurien enthielt, und überdies durch die aus ihr hervorgehenden und mit ihr stimmenden 18 Rittercenturien verstärkt ward, von den Patriciern völlig beherrscht, da diese, sämmtlich zur ersten Classe berechtigt, die Majorität in den Centurien derselben hatten, und 6 Rittercenturien (die alten) sogar ausschließlich patricisch blieben. Gegen sie konnten die übrigen Classen (*infra classem*), selbst im Falle ihrer Uebereinstimmung, nicht aufkommen, indem die zweite, dritte und vierte Classe nur je 20, die fünfte, (*accensi velati?*) 30 Centurien enthielten. Die Zahl sämmtlicher *centuriae peditum* betrug hiernach 170, welche zur Hälfte (also je 85) *centuriae seniorum* (46. bis 60. Lebensjahr) und *juniorum* (17. bis 45. J.) waren; da nun die Zahl der jungen Männer etwa die doppelte der Alten, und gewiß unter jenen die Mehrzahl *filiifamilias,* unter diesen aber *patresfamilias* gewesen seyn muß, so ergibt sich ein thatsächliches Uebergewicht der Bejahrten und Selbständigen über die Jüngeren und Abhängigen. Die außerhalb der eigentlichen Heeres- und Classengliederung stehenden vier Nebencenturien der militärischen Werk- und Musikleute hatten keine ausschlaggebende Bedeutung.

Die Minimalsätze der Censusclassen in dem für jene Zeit vorzüglich zutreffenden Maßstabe nach Morgen Ackerlandes (*jugera*) ausgedrückt, scheinen 20, 15, 10, 5 und 2 Morgen (sammt Zubehör) betragen zu

haben, welchen Grundwerthen die Summen von 20, 15, 10, 5 und 2 Tausend alter Libral-Asse oder von 100, 75, 50, 25 und 10 Tausend späterer Sextantar-Asse entsprachen.

§ 77] Um die periodische Abhaltung des Volkscensus zu erleichtern, ward gleichzeitig das Römische Staatsgebiet in vier Schatzungsbezirke getheilt: diese Bezirke (*Tribus*) bedeuteten zunächst vier Quartiere der Stadt (Palatina, Suburana, Collina und Esquilina: *Dionys. 4, 14*), zu denen aber je mehrere *regiones* des *ager Romanus*, im Ganzen wohl 26, geschlagen wurden. Alle Bürger, auch die Patricier und Clienten[2], gehörten zu einer dieser Ortstribus, ausgeschlossen von ihnen waren wohl nur die *aerarii* und *peregrini*. An ihrer Spitze standen je mehrere *curatores tribuum* (*s. tribuni aerari*), Unterabtheilungen bildeten die *regiones* und in diesen die *pagi* und (innerhalb der Stadt) die *vici*.

Auf Grund des *tributim* abgehaltenen Census wurden nun 1) vom König, bez. später Consul, die Classen und Centurien formirt, indem jede Centurie sich zu gleichen Theilen aus Tribulen aller 4 Tribus zusammensetzte und mithin einen Bruchtheil des Volksganzen darstellte — eine einfache Aushebung (*dilectus*) ergab danach 2 Legionen (mit 8500 Mann?), deren jede von 6 *tribuni militum* angeführt ward;[3] 2) innerhalb der Tribus durch deren Curatoren die erforderliche Kriegsteuer (*tributum*) repartirt, welche vornehmlich zur Unterhaltung der *classis procincta* (*stipendium s. aes militare* oder *ordinarium*) bestimmt war; diese Last traf billigerweise die *patresfamilias* nach Verhältniß ihres wirklichen beim Census declarirten Vermögens, mithin vorzugsweise die reichen Bürger.

§ 78] II. Infolge der gewaltsamen, weder *Gentes* noch *Plebs* schonenden, Uebergriffe des letzten Tarquiniers und wohl im Zusammenhang mit gleichzeitigen und gleichartigen Erscheinungen in der Griechenwelt[4] gestaltete sich der Röm. Staat aus einer aristokratischen Monarchie in eine aristokratische Republik um: dies geschah auf Grund einer durch Jun. Brutus als *tribunus celerum* beantragten Veränderung der *lex curiata de imperio* (daher als *lex tribunicia* bezeichnet) i. J. 510 v. Chr., wonach in Zukunft nur *annua imperia binis imperatoribus* verliehen werden sollten (Dionys. 4, 84; Cic. de rep. 2, 31. 53). In dieser Befristung der Gewalt (praetores, Cic. de rep. 3, 3, 8; Varro de L. L. 5, 80) und Verdoppelung der Gewalthaber (daher *consulare imperium*) lag die Abschaffung des Königthums, besiegelt durch Verbannung der ganzen *gens Tarquinia*; *ex perpetuo annuum placuit imperium, ex singulari duplex, ne potestas solitudine vel mora corrumperetur* (Flor. 1, 9, 2). Die politische Macht des Staatsamtes (der Magistratur), welche in der Gestalt des Königthums erwachsen war, ging nicht mit dem Königthum unter, sondern übertrug sich auf die Republik in den dieser angemeßnen Formen und erhielt sich hier mit einer Zähigkeit und inneren Continuität, welche das herrlichste Zeugniß von dem gesunden politischen Triebe der Röm. Nation abgibt. „Infolge der Nothwendigkeit, die *auspicia publica* nie untergehen zu lassen, erschienen die Röm. Könige und ihre Nachfolger,

die republikan. Magistrate, als eine fortlaufende Kette von zum Verkehr mit den Göttern geheiligten Personen. Dies ist es, was mit dem Königthum die ganze Staatsordnung als eine *auspicato* oder *divinitus constituta* erscheinen ließ“ (Cic. de rep. 2, 9; Tuscul. 4, 1; Liv. 1, 36. 43. Tacit. Hist. 1, 84). Der Inhalt des *Imperium* blieb, auch die *auspicia publica* gingen auf die neuen Magistrate über, nur gewisse Opfer wurden auf ein neues Priesteramt, das des *rex sacrorum* oder *sacrificulus* übertragen, welcher, lebenslänglich wie ein König, an Würde über, an Macht und Einfluß unter dem Pontifex Maximus stand. (Dies der Punkt, an welchem die künftige Trennung des Staats- und Religionswesens zunächst sich vorbereitete).[5]

Das den Centuriatcomitien grundsätzlich wohl schon vorher (*ex commentariis Servii Tullii*“ Liv. 1, 48. 60.) eingeräumte Recht der *creatio* (*regis*) *magistratus* ward neuerdings anerkannt und seitdem thatsächlich beibehalten. Auch im Uebrigen ward die Servianische Verfassung, welche unter Tarquinius Superbus suspendirt gewesen seyn muß, alsbald durch P. Valerius Poplicola wiederhergestellt, außerdem von demselben der Senat, unter Aufnahme einer Anzahl Plebejer (*conscripti*) complettirt, durch eine Reihe neuer Satzungen (*leges Valeriae Poplicolae*) das magistratische *Imperium* verringert (fr. 2. § 16 D. de O. J. 1, 2) und mit der bei dieser Gelegenheit vorgenommenen (vorläufigen) Befragung der Centuriatcomitien ein Präcedenzfall geschaffen, von welchem eine gewisse legislative Competenz dieser Comitien und die Beschränkung der Curiatcomitien auf nachträgliche Ertheilung der *patrum auctoritas* (bei neuen das *Imperium* betreffenden Gesetzen) datirt.[6]

§ 79] Eine neue Verringerung des consularischen *Imperium*, und zwar jetzt zu Gunsten der Plebs besonders, geschah durch die infolge der *secessio plebis in sacrum montem* zwischen Patriciern und Plebejern vereinbarte *lex sacrata* v. J. 493 v. Chr., in welcher der Plebs selbständige und völlig unverantwortliche, d. h. vom *Imperium* eximirte Vorsteher (*tribuni plebis sacrosancti*) mit dem Recht der *auxilii latio adversus Consules* zugestanden wurden: diese (5, später 10) Volkstribunen wurden zwar anfangs wohl in den Centuriatcomitien gewählt, allein, indem sie das *jus agendi cum plebe* in den *concilia plebis* ungehindert ausübten, legten sie den Grund zu den späterhin so wichtigen Tributcomitien. Jenes *jus agendi* aber ward alsbald durch die Bestimmung der *lex Icilia* v. J. 492 gesichert, welche jede Störung eines vor dem Volke verhandelnden Tribunen für einen Angriff auf dessen *sacrosanctitas* erklärte; indem dieses erste von einem Volkstribunen beantragte Plebiscit, scheinbar ein einfacher Zusatzartikel zur *lex sacrata*, thatsächliche Anerkennung fand, war der erste Schritt zur Ausbildung der Gesetzgebung durch Plebiscite (*leges tribuniciae*) geschehen: *Dionys. 7, 14—22; Liv. 3, 31.*[7] Durch die *lex Publilia Voleronis* v. J. 471, gleichfalls ein Plebiscit, ward durchgesetzt, daß fortan die Volkstribunen nebst ihren Gehülfen (*Aediles plebis*) in den Concilien der Plebs gewählt wurden; nach Mommsen[8], welcher bis dahin die Plebs ihre Beschlüsse

nach den Curien-Abtheilungen fassen läßt, datirt erst seitdem auch die Abstimmung nach Quartieren, d. h. die Einführung der plebejischen Tribusversammlungen. —

Literatur: 1) Lange Röm. Alterth. I. S. 383. — 2) Mommsen Röm. Forschungen S. 153. — 3) Lange I. S. 457. — 4) Mommsen Röm. Gesch. I. S. 248. — 5) Ders. I. S. 255. Lange I. S. 243. 495. — 6) Schwegler Röm. Gesch. II. S. 152—8. Lange I. S. 500. — 7) Ders. I. S. 518. Schwegler II. S. 548. — 8) Mommsen Röm. Gesch. I. S. 281.

Ueber die ganze Periode vergl. Niebuhr Röm. Gesch. I. S. 373 ff. Huschke d. Verfass. d. Serv. Tull. (1838). Gerlach histor. Studien I. (1847) S. 343 ff. II. (1847) S. 203 ff. Mommsen d. Röm Tribus in administr. Bezieh. (1844). Becker Handb. d. Röm. Alterth. II. 1. 2. (1844—1846); dazu Marquardt II. 3. (1849). Puchta Curs. d. Instit. I. § 46—53. Schwegler R. Gesch. I. S. 668 ff. II. S. 1 ff. Franke d. Reform d. Tarquin. im Rhein. Mus. N. F. XII (1857) S. 512 ff. Walter Gesch. d. Röm. R. I. § 26 ff. Mommsen R. Gesch. I. (1865) S. 85 ff. 247 ff. Ders. Gesch. d. Röm. Münzwesens (1860). Ders. Röm. Forschungen (1864). Hultsch Griech. u. Röm. Metrologie (1862) S. 188 ff. Lange R. Alt. I. S. 369-529. II. S. 446 ff.

IX. Kapitel.

III. Rechtsquellen.

§ 80] Wir befinden uns in einer Periode, welche viele Merkmale der Kindheit des Rechtslebens in sich trägt: zu ihnen gehört die Herrschaft des Gewohnheitsrechts, auf dessen breiter Naturbahn allein die Rechtstriebe eines naiven Volksthums Raum und Reiz finden. Beglaubigte Gesetze privatrechtlichen Inhalts sind aus dieser Zeit überhaupt nicht überliefert, und die ihr angehörenden Acte der publicistischen Gesetzgebung zeigen vom Standpunkt einer ausgebildeten staatsrechtlichen Legislative aus betrachtet ein weit geringeres Maß bewußten Schaffens, als meisthin angenommen worden ist. Selbst die großartige Ausnahmeerscheinung der s. g. Servianischen Verfassung, das Werk eines unter griechischem Einfluß stehenden Reformators nach Art des Lykurgos oder Solon, reducirt sich vor dem schärferen Forscherblick auf eine Militärorganisation mit äußerst schmalen Ansätzen zu einem neuen Staatsbürgerthum, das sich erst später entfaltet und nur allmählich consolidirt.

Von einer legislativen Competenz der Curiatcomitien im Sinne des Schaffens neuer organischer Rechtssätze konnte überhaupt nicht die Rede seyn, selbst die legislative Thätigkeit der Centuriatcomitien blieb eine sachlich beschränkte; Magistratswahlen und Kriegsbeschlüsse bildeten den anfänglichen Kern der comitialen Staatsaction, welche demnach in der Hauptsache nur concrete Fälle betraf*, und erst mit den vollständig organisirten Tributcomitien beginnt sich eine Gesetzgebung im heutigen Sinne des Worts zu entwickeln. Aber auch die Entwicklung dieser mehr oder minder umfassenden Competenzen resultirte nicht unmittelbar aus Gesetzen, in denen sie als verfassungs-

*) s. oben § 61. 62. 75. 78.

mäßige Grundsätze formulirt worden wären, sondern vollzog sich auf Grund einzelner Präcedenzfälle, und Gleiches gilt von dem erhöhten Einfluß des Senats, welchen dieser in der jungen Republik errang nicht durch Valerius, nicht durch Gesetze, sondern in der Praxis eines instinctmäßigen Verfassungslebens, „indem die jährigen Magistrate dem ewigen Senat gegenüber in eine thatsächliche Abhängigkeit geriethen, von der bei den lebenslänglichen Königen nicht die Rede seyn konnte".

§ 81] Die Römische Tradition spricht von einer Reihe alter Königsgesetze *(leges regiae)*, dieselben zu planmäßigen Staats- und Rechtsvorschriften stylisirend; dem Servius Tullius wurden zufolge Dionys. 4, 13. 9. i. f. nicht weniger als 50 solcher Gesetze (außer der s. g. Servianischen Verfassung?) zugeschrieben; allein diese Vorstellung trägt die Farbe einer späteren reflectirten Zeit[4], und Pomponius (fr. 2. § 2. 3. D. de O. J. 1, 2), welcher gleichfalls von der gesetzgeberischen Thätigkeit der Röm. Könige erzählt, hebt doch das Gewicht seines Berichts wieder auf durch den Zusatz, daß sämmtliche Königsgesetze mit Vertreibung der Könige wieder untergegangen seien: als ob organische Grundordnungen des Rechtslebens, z. B. die *patria potestas*, schlechthin und plötzlich beseitigt werden könnten. Wir dürfen unter den *leges regiae* hauptsächlich nur die patriarchalische Rechtssitte der Königszeit („regius mos" Sallust. Hist. 1, 10; „moribus receptum" Ulp. in fr. 8. pr. D. de his qui sui jur. 1, 6) verstehen, und müssen den Einfluß der Könige darauf beschränkt denken, daß dieselben in einzelnen Fällen durch ihr *regium judicium* die Rechtssitte constatirt und zu manchen Anordnungen in der *lex curiata de imperio* (s. oben § 62) Anlaß gegeben haben mögen — daher vielleicht auch der Doppelausdruck bei *Cic. Tusc. 4, 1: instituta et leges* d. h. Richtersprüche und Zusatzartikel betreffs des *Imperium*. — Die Könige erschienen einer folgenden Zeit als Repräsentanten der historischen Elemente des alten Rechts- und Staatswesens: was später als elementare Anschauung und Einrichtung galt, ward auf sie zurückgeführt, und es wurde solcher Urgewohnheiten als noch geltender lange nachher gedacht (Marcell. in fr. 2. D. de mortuo infer. 11, 8; Coll. leg. Mos. et Rom. 4, 8; Liv. 6, 1); Dionys. 2, 27 berichtet ausdrücklich, daß auf der 4. Tafel der Decemviralgesetzgebung die *lex Romuli de patria potestate* Aufnahme gefunden habe. Es mögen sich die Königsgesetze zu dieser Gesetzgebung, dem großen juristischen Epos der Römer, etwa so verhalten, wie die lange vor der Zeit des homerischen Epos in Hellas verbreiteten volksthümlichen νόμοι zu diesem umfassenden und kunstvollen Nationalepos.[5]

§ 82] Während die patricische von den sacralen Gentilinstitutionen getragne Sitte an den Organen des Staatspriesterthums Rückhalt fand, entbehrte der Rechtsverkehr der Plebejer garantirender Autoritäten: insofern konnte Pomponius (fr. 2. § 3. D. de O. J.) sagen, daß damals das röm. Volk *„incerto magis jure et consuetudine ali, quam per latam legem"*. Dieser Zustand mag nach Abschaffung des Königthums für die Plebs besonders mißlich geworden seyn, daher in der Forde-

rung eines *jus certum ac scriptum* ein Hauptinteresse der Plebs sich aussprach. Aus der Erzählung, welche den angeblichen Sammler der Königsgesetze, Papirius, als Pontifex bezeichnet, könnte geschlossen werden, daß von früher Zeit an die Rechtsbildung unter der Obhut des Collegiums der Pontifices gestanden; indeß thut Pomponius (fr. 2. § 6 cit.) erst nach der Decemviralgesetzgebung der Pontifices Erwähnung: im Einklang damit dürfte anzunehmen seyn, daß erst, nachdem für den Verkehr zwischen Patriciern und Plebejern eine feste und allgemein bindende Grundlage geschaffen und der städtische Mobiliarverkehr zur Entfaltung gelangt war, eine Kunst der Rechtspflege entstehen konnte, welche werth war, als Monopol eines patricisch-hierarchischen Standes festgehalten zu werden. —

Literatur: 1) Mommsen R. Gesch. I. S. 98. — 2) Lange Alterth. I. S. 501. 512. 549. — 3) Ders. I. S. 337. 500. II. S. 367. 378. — 4) Ihering Geist d. R. R II. S. 34. (2. Aufl.) — 5) Lange I. S. 272—4.

Ausserdem vergl. Dirksen Versuche z Kritik u. Auslegung der Quellen d. R. R. (1823), Abh. 6. Uebers. d. bisher. Versuche z. Kritik u. Herstellung d. Textes d. Ueberbleibsel v. d. Gesetzen d. R. Könige. Rein. Zeitschr. f. Alt. Wiss. 1836. S. 738 ff. Ders. Privatrecht d. Röm. S 36-40. Klotz Lat. Lit. Gesch. I. S. 318 ff. Becker Alterth. I. 1. S. 13 ff. u. IV. S. 217. 228. Schwegler R. Gesch. I. S. 7 ff. 23 ff. 528. 564 ff. III. S. 270. Rubino Röm. Verfass. I. S. 399 ff. Puchta Curs. d. Inst. I. § 73. Rudorff Röm. R. Gesch. I. § 93. Lange Alterth. I. S. 24. 272. Lübbert *Commentationes pontificales* (Berol 1859).

X. Kapitel.

IV. Rechtsfähigkeit (persona-caput).

§ 83] Die älteste Zeit karakterisirt sich durch zwei Grundzüge: *publicum* und *privatum jus* greifen und gehen so ineinander, daß sie eine lebendige Einheit bilden, und das Vermögen ist so ganz in der persönlichen Unmittelbarkeit und Leiblichkeit des Herrn befangen, daß es nicht zu eigner rechtlicher Geltung gelangt*. Erst seit den Anfängen der Servianischen Verfassung und infolge der republicanischen Umgestaltungen, als die Staatsidee sich der monarchischen Form wie einer schwerfälligen Körperhülle entledigt hatte, begannen in der Rechtsanschauung das politische Gemeinwesen und das privatrechtliche Einzelwesen auseinander zu streben und der Begriff der *bona* (in der alten Sprache *familia*) sich aus dem *caput* abzulösen[1]. Beide Differenzirungen sind zusammenhängende Entfaltungsmomente in der Rechtsgeschichte. Aller Wahrscheinlichkeit nach sind es aber die Plebejer gewesen, von welchen die Impulse hierzu, sei es unmittelbar oder mittelbar, ausgingen, denn der in sacrale Formen eingerahmte Gentilverband mußte jenen Fortschritt erschweren, und anderseits in der Rechtssitte der Plebejer, welche ihren angebornen Ordnungen entnommen und ohne öffentliche *sacra* auf den Ausbau der Privatsphäre angewiesen waren, neue auf profanem Boden gewachsene und durch weltliche Zwecke bestimmte Rechtsideen zum Durchbruch kommen.

*) s. oben § 56. 57.

Auf die Dauer konnten die Patricier sich derselben nicht verschliessen, ein Compromiß, in welchem dem reinen Privatwillen ein vom Staatswillen unabhängiges Gebiet selbstherrlichen Waltens gewährleistet ward, war die Folge, welche in der Decemviralgesetzgebung zu Tage liegt.

§ 84] Der sacrale Gentilverband des patricischen Bürgerthums umfaßte theils active (*patres, patroni*), theils passive Glieder (*clientes*). An der activen Stellung des Patriciers inmitten seiner Genossenschaft (*gens*) haftete zunächst die Würde des vollen Röm. *caput* im alten Sinne; wer die *gens* verlor, konnte nicht mehr als Römischer Bürger gelten und ward *exgens* (*egens: Fest. s. v. egens*[2]); Gentilität und Rechtsfähigkeit waren gleichbedeutend. Dem Plebejer mangelte ursprünglich jede staatsrechtliche Garantie seiner Persönlichkeit, dann ward er dem Patricier angenähert durch die Theilnahme am *exercitus* (*procinctus* und *urbanus*) und an den Ortstribus, aber noch immer blieb der Werth des plebejischen *caput* beträchtlich hinter jenem des patricischen Vollbürgers zurück: es fehlte ihm namentlich noch (außer dem *jus suffragii in comitiis curiatis?*) das *jus honorum* und das *jus conubii*. Demnach konnte neben der Aufnahme in die *civitas Romana* als selbständiges Moment noch *adoptio inter patricios* in Betracht kommen (Tacit. Ann. 11, 24; 12, 25), und es war die Möglichkeit gegeben, daß ein Römer innerhalb des Staats eine ansehnliche Rechtsverkürzung erlitt, nämlich wenn er die *gens* (Familienstandschaft) aufgebend, Plebejer, aus einem Bürger mit activem und passivem Wahlrecht zu einem Bürger mit bloß activem Wahlrecht ward; vielleicht ist dieser *transitus ad plebem* die eigentliche Bedeutung der in späterer Zeit seltsam abgeschwächten *capitis diminutio minima*, welche ursprünglich eine Schmälerung des ganzen *caput* enthalten haben muß, dann aber im System der *capitis diminutiones* des classischen Rechts eine unverkennbar schiefe und kümmerliche Rolle spielt.*

§ 85] Durch die Servianische Verfassung war in gewisser Hinsicht eine gemeinsame gleiche Fläche des Bürgerthums geebnet, auf welcher sich nun eine neue staatsrechtliche Abstufung gestaltete, indem alle Nichtclassificirten (ohne *heredium* von 2 Morgen?) als *proletarii* oder *capite censi* außerhalb des Census blieben, nur in Rücksicht auf ihre privatrechtliche Selbständigkeit in die Bürgerlisten eingetragen waren und weder den Dienst und die Ehre der Legion, noch das *jus suffragii in comitiis centuriatis* (noch weniger das *jus honorum*) hatten. Im Großen und Ganzen haben wir uns die Classenbürger als die Grundbesitzer zu denken, nur die ganz kleinen Grundbesitzer (*1 jugerum?*), sowie die ganz Armen und wahrscheinlich überhaupt die Clienten und die *libertini* waren von den Classen ausgeschlossen. Wer zu Wohlhabenheit gelangte, dessen vornehmstes Streben ging auf Erwerb von Grundbesitz (als den wahren Grundstock der „*familia*"), Gewerbetrieb vertrug sich nicht mit dem Besitz classificirten Gutes und der dadurch begründeten staatsrechtlichen Stellung, und dem Gewerbebetrieb (als

*) s. den Excurs zu diesem Kap.

opifices und *sellularii*) widmeten sich daher nur die *libertini* und die armen *ingenui* (*clientes* und *plebeji*); wohl nicht gerade als Gewerbtreibende, sondern eben nur als Bürger ohne den erforderlichen Censussatz (an ächtem Gut, *„familia“, res mancipi*), entbehrten sie des *suffragium* in den Centuriatcomitien. Dion. 9, 25.[3] Erst als die plebejischen Conciones am Ende dieser Periode die Bedeutung von Comitien erhielten, wurden insoweit auch die ärmsten Bürger zu *cives cum suffragio* (s. unten § 118).

§ **86**] Außerdem mögen sich einzelne *peregrini* jetzt schon für längere oder kürzere Zeit auf römischem Gebiete aufgehalten haben, aber gewiß kamen sie im Verkehr noch nicht wesentlich in Betracht; quiritisches *commercium* mit ihnen war nicht denkbar. Zum Peregrinen ward jeder Römer, welcher die Civität aufgab oder einbüßte: jenes geschah durch Austritt (*rejectio civitatis*, Eintritt in einen fremden Staat)[4], dieses aber durch Verbannung, d. h. durch *aquae et ignis interdictio*, welche aus der alten *consecratio hominis* hervorging. Der Verlust der Civität verkürzte in erheblicher Weise das *caput*, er war eine *capitis diminutio media*. Daneben kommen diejenigen Fremdlinge in Betracht, welche vermöge des mit anderen Gemeinden bestehenden *jus exilii* (nebst *jus applicationis*) als Schutzverwandte in Rom lebten,[*] deren Zahl im Laufe der Zeit angewachsen seyn mochte. An sie, nicht aber an eigentliche Clienten, haben wir wohl zu denken bei der angeblich von Numa getroffenen Organisation der Handwerker-Collegien, denn unmöglich hätte in jener vorservianischen Zeit die Staatsgewalt so in das geheiligte Verhältniß der *gens* zur Clientel eingreifen dürfen, daß sie durch Vereinigung der Clienten zu Zünften die Erbunterthänigkeit derselben lockerte. Während die Clienten von selbst an den *sacra* ihrer *gentes* Theil hatten, bedurfte es gerade für solche Handwerker aus verschiedensten Volksstämmen und Stammgemeinden die Einrichtung eines Cultus und einer künstlichen Organisation. Als Nichtbürger standen sie dann natürlich auch außerhalb der Censusclassen, ähnlich den Aerariern.[5]

Streitig ist, ob die Clienten das Stimmrecht in den Centuriatcomitien erlangten,[6] allein die zwei dazu angeführten Stellen des Livius (2, 56. 64.) beweisen dies nicht, und widerlegt wird es durch den Ausschluß der Clienten vom eigentlichen Heerdienst (bis auf die XII Taff. bildeten sie nur das Heergefolge ihrer Lehnsherren) und vom selbständigen *commercium*. Stimmrecht konnten sie erst erlangen, nachdem ihnen das selbständige *commercium* zu Theil geworden, und dieses erhielten sie, wie es scheint, erst durch die XII Taff.[7]

Die Sklavenwirthschaft kann in dieser Zeit noch nicht von Bedeutung gewesen seyn,[8] denn in das Sacralsystem der Patricier fügte sich überhaupt das rein privatrechtliche Institut der Sklaverei, in die einfache Lebensweise der Luxus des Sklaventhums schwerlich ein, und erst, als die Römer auf dem Wege fortschreitender Eroberung auf fremde

---

[*]) s. Excurse zu § 72—74. No. IV.

Rassen stießen, 'gab es Material zur Ausfüllung der neuen Unterwerfungskategorie. „*Nullum argentum, pauci servi*" sagt Valer. Max. IV, 4, 11. Ein römischer Bürger konnte daheim nicht zum wirklichen Sklaven werden, nur wenn er *captivus apud hostes*, oder Schulden halber *trans Tiberim* verkauft ward, erkannten die Römer den Verlust der *libertas* an, welches die größtmögliche Rechtsverkürzung war: *capitis diminutio maxima*.

Literatur: 1) Huschke Verf. d. Serv. Tull. S. 298. Ders. Recht d. *nexum* S. 88. Anm. 112. — 2) Ihering Geist d. R. R. I. §16. — 3) Lange Alterth. I. S. 407. — 4) Ders. I. S. 185. — 5) Eman. Hoffmann i. d. Zeitschr. für d. österreich. Gymnas. 1866. S. 559. — 6) Lange Alterth. I. S. 222. — 7) Hoffmann l. c. S. 577. — 8) Mommsen R. Gesch. I. S. 195.

XI. Kapitel.

V. Privatsphäre (res-familia pecuniaque; commercium).

§ **87**] In einem genossenschaftlich und sacral gebundenen Lebenskreise muß sich das Gebiet der Privatpersönlichkeit anders gestalten, als außerhalb solchen Rahmens. Die Stetigkeit der *sacra* verlangte dauernde ökonomische Fundirung: nur der Grund und Boden, integrirende Theile des unter den Nationalgöttern stehenden Territoriums, konnten jenes gewähren, daher wir annehmen müssen, daß der Grundbesitz des Patriciers den hervorragenden Bestandtheil und Grundstock seines Vermögens bildete und wesentlich nur der Grundstücksverkehr rechtlich oder vielmehr sacral geregelt und im *fas* garantirt war, sowie daß ein solcher Verkehr nur in sehr beschränkter Weise und unter Wahrung der publicistischen Gentilinteressen zulässig schien; die Grenzen der Grundstücke waren heilig[1], so gut wie die Mark der Stadt (*res sanctae*).

Die Plebejer standen außerhalb dieses Kreises (*hostes*, *hospites!*) und schon darum konnte bei ihnen der Grundbesitz nicht die gleiche Rolle spielen, das Mobiliar mußte da leichter zur selbständigen Geltung kommen, und der ganze Verkehr sich beweglicher gestalten.[2] Das roheste und natürlichste Mobiliar sind Vieh und Erz: zur Nahrung, Unterstützung und Vertheidigung des Menschen in seinem einfachen, natürlichen, irdischen Zustande geeignet. Unter dem Mobiliar erhebt sich das Geld zum feinsten Ausdruck beweglicher Werthe, das Vieh aber, welches dem Grund und Boden gegenüber die parcellirte Habe darstellt, bildet darum die rohe Vorstufe des Geldes (*pecus-pecunia*): Servius Tullius, der Ordner der Plebs, soll zuerst von Staatswegen mit Thierbildnissen signirte Erzbarren eingeführt und so den Anfang des Geldwesens geschaffen haben.[3] Der profane Typus der Sklaverei und ihr Gegensatz zu der patricischen Clientel empfiehlt endlich die Annahme, daß zuerst oder vornehmlich bei der Plebs der Sklavenerwerb Eingang gefunden habe.

§ **88**] Der Karakter der Herrschaft des Privatwillens in seinem Gebiet bestimmte sich bei den Patriciern ohne Zweifel gleichfalls durch die [illegible] der sacralen Genossenschaftlichkeit: es war nicht

eine unbedingte Herrschaft, sondern eine gemilderte und verfassungsmäßig beschränkte, weil bedingt durch die Mitgliedschaft des Subjects im Körper der *gens* und bestimmt durch deren sacrale Interessen. Vielleicht stammt aus dieser Zeit die alte nationale Sitte des Familienraths (*propinqui et amici: fr. 223. § 1. D. de V. S.*). Hiernach ist die Gewalt zu bemessen, welche dem einzelnen Familienhaupte über seine Angehörigen d. h. Gattin, Kinder und Clienten, sowie über die zugehörigen Güter zustand. Schon die *sacra domestica* setzten ein Sondergut der Familie voraus (*patrimonium, heredium*); dieses mag ursprünglich verhältnißmäßig klein (*bina jugera*) gewesen seyn, indem daneben die genossenschaftliche Nutzung des Gemein- und Geschlechtslandes eine hervorragende Rolle spielte.[4]

In der Consequenz der Servianischen Censusverfassung lag eine Wendung zu schärferem Hervortreten des Vermögens aus der sacralen *gens* und dem politischen *caput;* die Geschlechtspossessionen mußten anfangen, sich zu Privatgut umzugestalten, und das bis dahin precarische Besitzthum der Clienten mochte wenigstens theilweise fixirt, d. h. zu freiem Eigenvermögen gestempelt werden. Die Annäherung an den privatrechtlichen Standpunkt der Plebejer war eingeleitet.

§ 89] Für die Plebejer gab es nur Einen festen Punkt, von welchem aus die Organisation der juristischen Welt unternommen werden mochte: der souveräne Wille des selbständigen Mannes (*paterfamilias*). Die früheste Basis des Plebejers im Staat aber war die militärische, und keine andere Gemeinsamkeit als die militärische verband die Plebejer. Darum spiegelte sich der Geist militärischer Disciplin auch in der Rechtssphäre des plebejischen Privatwillens, alles beruhte hier in einfacher Geschlossenheit und straffer Energie; eine ehrfürchtig bewahrte Ueberlieferung sacraler Bahnen und Schranken fehlte. Das plebejische Familienhaupt war darum der unbedingt herrschende Führer der Seinen; unter dem Uebergewicht seines selbstherrlichen, durch keine andere Macht neben oder über ihm eingeschränkten Willens schmolzen Kinder und Gattin, Haus und Heerd, Acker und Vieh (samt Sklaven) zu einer ununterschiednen Rechtsmasse zusammen, an welcher eben nur die eine farblose Eigenschaft, Rechtsobject oder Gebiet des Privatwillens zu seyn, hervortrat und rechtlich formulirbar schien.

Viel Phantasie und Bilderfülle ist dabei nicht verschwendet worden: Rom hat frühzeitig die poetische Zartheit der Phantasie dem praktischen Scharfsinn des Verstandes geopfert; doch hat sich mancher sinnlichbildliche Zug länger bewahrt, z. B. die Bezeichnung jener Herrschaft des *paterfamilias* als *manus*: die Hand ist ja das Organ des Handelns, das Symbol unmittelbarer und thatkräftiger Herrschaft; nicht sitzend, sondern handelnd bewährte der Plebejer sein Recht.[5]

Die Energie des Rechtssinns machte sich in den derbsten Formen geltend und zog mit Unerbittlichkeit ihre Linien einfachster Consequenz. Wer etwas hat, hat es ganz; es gibt nur ein *aut-aut*, und wem etwas zukommt, in dem geht es auf. So hat der *paterfamilias* das Recht der vollen

Verfügung d. h. der Vernichtung (*ius vitae ac necis*) und der Entäußerung (*jus alienationis et derelictionis*), und gibt sich eine Person, die sich ökonomisch nicht selbst zu helfen vermag, einem Andern preis, so verfällt sie derselben strengen *manus* des Schuldherrn: die ökonomische Unselbständigkeit macht rechtlich abhängig, und der Abhängige unterliegt der Herrschaft, die, einmal aufgerichtet, überall sich gleich bleibt. Den schwierigen Kunstgang durch eine Stufenfolge von Schattirungen versteht Rom in dieser Zeit noch nicht, Distinguiren und Eleganz lernen sich nur langsam.[6]

§ **90**] So deckt die Person ihr Gebiet und hält ihr Vermögen; an dieses kann man nur durch jene heran, in der Person gestaltet sich je und je das Vermögen zur gleichsam sinnlichen Einheit, und mit dem Verschwinden der Person müßte auch das Vermögen zerfallen, sofern nicht durch die *sacra gentilicia* für Continuität gesorgt ist: das aber gilt nur den Patriciern innerhalb ihrer Geschlechterorganismen; ein Plebejer muß bei Lebzeiten seine *manus* documentiren und durch besonderen Rechtsact Vorkehrung treffen, um die Zukunft seines Vermögens sicher zu stellen: er legt, den Nachfolger berufend, seinen letzten Willen als belebende und zusammenhaltende Seele in das Vermögen hinein, wahrt so dessen Schicksal über sein Lebensende hinaus und celebrirt ein Geschäft, in welchem die selbstherrliche Omnipotenz des Privatwillens, gipfelt, denn er verewigt sich hier und tritt wie ein Gesetzgeber zwischen die Generationen, in freier Weise das Band derselben zu knüpfen. Derselbe Wille, welcher Einzelnes vom Vermögen veräußern kann, entschließt sich hier, das Ganze zu vergeben.

§ **91**] Die Plebejer nun standen zwar den Patriciern in gewisser Weise fremd gegenüber, doch genossen sie die Gemeinschaft des Privatverkehrs (*commercium*) mit denselben: dies war schon durch das Wesen des *hospitium publicum*[7] gegeben, welches für die Stellung der Plebs vorbildlich gewesen seyn mag. Allein auch diesen Verkehr müssen wir uns vorläufig noch als einen ziemlich beschränkten vorstellen, denn außerhalb der *sacrorum communio* konnten nur profane Verkehrsformen Statt finden. So ist es zu erklären, daß im Verkehr mit den Plebejern auch die Patricier zu den Formen griffen, welche innerhalb der plebejischen Profanwelt herrschten und hier wohl zuerst präcisirt wurden. So konnte auch das *nexum*, dem plebejischen Geschäftsritus angehörig, in der Hand der Patricier zu einem drückenden Zwangsmittel werden, und dieser Gebrauch ist mit nichten ein Widerspruch gegen den plebejischen Ursprung. So ist es endlich erklärlich, daß die sacralen Verkehrsformen der Patricier nach und nach theils verkümmerten, theils in profan-publicistische Surrogate übergingen, und daß anderseits die plebejischen Formen, welche den juristischen Gehalt rein und energisch aussprachen, zur Bedeutung des allgemeinen Volksrechts erwuchsen und schon in den XII Tafeln zur Herrschaft gelangten.

§ **92**] Die sacrale Geschäftsform des rein patricischen Verkehrs können wir uns nur in Gestalt eines feierlichen, religiösen, rituellen

Actes denken: eine Anrufung der Gottheit unter Assistenz des Pontifex vor dem Altare des Hercules (*sponsio ad aram maximam*: *genua promittere; sacramentum, juramentum*) oder in der Curienversammlung (*testamentum calatis comitiis*). Daneben bildete die Solennität des *aes et libra* den natürlichen Nerv der profanen Verkehrsbewegung, weil aller Güterumlauf ein Austausch ist, der sich von selbst durch das künstliche Medium des Geldes zum Kauf civilisirt, und weil das *gerere per aes et libram*, welches zunächst reell die *causa onerosa* in sich trägt, als *imaginaria emtio venditio* sich leicht zur abstracten Geschäftsform generalisiren läßt. Beim Austausch erscheinen aber die Handelnden als augenblicklich verknüpft und gleichsam mit verschränkten Händen, daher ist *nexum* der ursprüngliche Ausdruck für den Act der Güterbewegung (*commercium per aes et libram; Fest. s. v. Nexum*); aber das *nexum* wird dann dreifaltig, je nachdem es sich dabei zunächst um *familia* (*res mancipi*) oder *pecunia* (*res nec mancipi*) oder um beides zusammen handelt: 1) *mancipium* (oder *mancipatio*: Erwerb der *merx, jus emendi*), 2) *nexum* im engeren Sinne (oder *nexi datio*: Veräußerung des *pretium*, *jus vendendi*), 3) *supremum judicium* (*testamentifactio*: Vererbung des Ganzen, *jus legandi*).

Auf diese Weise ist es geschehen, daß in der sonst so einfachen Oekonomie der altrömischen Rechtstechnik zwei rechtsgeschäftliche Solennitätstypen zur Entwicklung kamen, und ein Dualismus entstand, welcher ohne den socialen Contrast des Patricier- und Plebejerthums kaum erklärbar ist, ja durch seine Ausbildung zu zwei vollständigen Systemen in der Rechtsgeschichte aller Völker einzig dasteht. Ansätze eines ähnlichen Dualismus finden sich allerdings auch in anderen indogermanischen Volksrechten, aber ein so durchgebildeter Dualismus, wie jener, kann nur, wenn er auf die ganze Breite eines socialen Principienkampfes gestellt wird, genetisch begreiflich seyn.

Literatur: 1) Schwegler Röm. Gesch. II. S. 441—7. — 2) Mommsen R. Gesch. I. S. 153. — 3) Huschke Verfass. d. Serv. Tullius. S. 122—133. — 4) Schwegler II. S. 417. Lange Röm. Alterth. I. S. 128. — 5) Ihering Geist d. R. R. II. S. 595. — 6) Ders. II. (1. Aufl.) S. 144. 149. 449. Mommsen I. S. 59. — 7) Ihering I. (2. Aufl.) S. 236.

XII. Kapitel.

VI. Rechtspflege (actio, judicium).

§ 93] Ein durch die Anfänge der Rechtsgeschichte gehender Grundzug ist die Neigung des naiven Volksthums, alle Rechtsangelegenheiten öffentlich (*coram populo, palam: fr. 33. D. de V. S.*) zu betreiben (*celebrare, publicare: celeber = populicus*) und dadurch notorisch zu machen; in solcher Solennität liegt zugleich das Kriterium der Ernstlichkeit, ein Antrieb zur Ueberlegung und eine Garantie vor Anfechtung. So trug auch das altrömische Rechtsleben die Elemente der Rechtspflege in sich selbst, und es bedurfte kaum eines besonderen Klag- und Beweisverfahrens: was nicht notorisch war, galt nicht (*quod non in foro,*

non in mundo), und was notorisch war, konnte nicht wohl streitig (*controversia, lis*) werden. Die Rechtsordnung und die Proceßordnung, materielles und formelles Recht bildeten noch ein einziges ungetrenntes System von Regeln: demgemäß waren die diesen beiden Zwecken dienenden Rechts- und Gerichtsorgane identische Anstalten, und es fielen die Rechtsinstitute mit den Rechtsmitteln, sowie die Geschäftsformen mit den Schutz- und Sicherungsmitteln ganz zusammen.[1]

Solche notorische Rechtsacte hießen *legis actiones* (auch *actus legitimi: fr. 77. D. de R. J.*, oder *civiles actiones: fr. Vatic. § 47.*) oder *judicia legitima*. Vermöge ihrer Grundlage sinnlicher Unmittelbarkeit setzten sie Gegenwart der Subjecte (Parteien, *rei*) wie der Objecte (*res*) voraus und entzogen sich aller regelmäßigen Stellvertretung (*Gai. 4, 82*). Aus jener ursprünglichen Identität der Formen des Rechtsverkehrs mit denen der Rechtspflege aber erklärt sich, daß auch später lange noch „*legis actio*" sowohl die Geschäfts- als die Proceßform, „*reus*" sowohl den Contrahenten als den Litiganten (*dominum negotii* und *litis*), „*res*" und „*causa*" (Rechtssache, Rechtsfall) sowohl die nichtstreitige als die streitige Angelegenheit bedeutete, daß „*negotium*" auch das *judicium* (die *lis: fr. 10. D. de judic. 5, 1*) und „*judicium*" (z. B. *supremum judicium, judicium populi*) auch das *negotium* begriff.

§ **94**] Sobald aber ein Theil des Rechtslebens sich aus der genossenschaftlichen Publicität in engere und abgesonderte Privatkreise, in die unbeachtete Häuslichkeit (*inter amicos et parietes*) zurückzieht, complicirt sich die Rechtspflege, indem sie abgesonderte Handhabung und eigenthümliche Einrichtungen fordert. Weil nämlich nun Vieles zu rechtlicher Anerkennung drängt, was nicht notorisch, nicht gerichtlich ist, und weil auch immer mehr heimliche und immer feinere Rechtsverletzungen vorkommen: so muß ein eignes Verfahren gegeben werden, wodurch im Urtheilenden die Ueberzeugung von der Existenz sowohl der zu schützenden Rechte, als der zu beseitigenden Rechtsstörungen künstlich durch Beweismittel erzeugt wird: auf diese Weise wird die Beweisführung zu einem besonderen und wichtigen Theil des Processes und löst sich von der Rechtsbegründung ab. Die *jurisdictio* ist nun *contentiosa*, und die Procedur läßt nicht mehr Rechtsverhältnisse entstehen, sondern erklärt nur, daß solche bestehen oder nicht bestehen. Die Scheidung des *commercium* und *judicium* hat sich vollzogen.

§ **95**] Es muß dahingestellt bleiben, ob mit dieser Wandlung die Scheidung der Proceßfunctionen in magistratische (*Jus*) und spruchrichterliche (*Judicium*) zusammenhängt, doch liegt es nahe, zu denken, daß die Absonderung des spruchrichterlichen Erkennens von der constitutiven Function geschäftlichen Solennisirens zur Ablösung des Judicium und zur Bestellung besonderer Organe dafür geführt hat.

Wie aber einerseits gewisse rechtsgeschäftliche Verkehrsacte, z. B. die *in jure cessio* im Vindications-, das *nexum* im Condemnationsritus, lange das Gepräge eines processualen Kampfes beibehielten, so blieben anderseits auch dem Proceßverfahren noch lange solche Züge,

welche aus dem ursprünglichen System der Notorietät stammten. Dahin gehört die den Röm. Civilproceß beherrschende Conventionalmaxime, nach welcher das *judicio agere* ein *judicio contrahere* und die Proceßleitung durch den Magistrat nur eine Autorisation zur Verhandlung der Parteien war, gleichwie vordem überhaupt jede Rechtsfeststellung in einem Vertragsact bestand.* Auch ein criminalistischer Zug ist dem alten Civilproceß der Römer eigen geblieben, indem bei der Notorietät der einfachen Rechtszustände Streiterhebung seiten eines abzuweisenden Klägers oder Streiteinlassung seiten eines dann unterliegenden Beklagten kaum anders als mit dem Verdacht widerrechtlichen Handelns behaftet gedacht werden konnte; daher war der calumniöse Kläger wie der widerspenstige Beklagte gewissen Rechtsnachtheilen (*poenae temere litigantium*) ausgesetzt. Ueberhaupt löste sich die Criminalrechtspflege nur allmählich von der Civilrechtspflege ab, alle Verbrechen (mit Ausnahme der politischen und der Störungen des gemeinen Friedens: *proditio, perduellio, parricidium*) wurden als Verletzungen von Privatrechten verfolgt, und hierbei das Pönalmoment nur *implicite* berücksichtigt.

§ **96**] Daß der König alle rechtlichen Streitfälle, insoweit sie nicht vor das Familienhaupt als *judex domesticus* und dessen *consilium* (Familienrath: *propinqui et amici*) gehörten, zu erledigen hatte, lag in seiner Stellung als oberster und alleiniger selbständiger Staatsbehörde begründet (s. oben § 60); wie dem *judex domesticus*, stand auch ihm[2] ein *consilium* zur Seite (*Liv. 1, 49*; *Dion. 2, 56*). Für Fälle der *perduellio* konnte er Stellvertreter (*duumviri perduellionis*) ernennen, von deren Entscheidung dann eine *provocatio* an die Comitien freistand; in der Republik ward die Statthaftigkeit der Provocation zur Regel, aber das besondere Perduellionsverfahren beibehalten und die Wahl der Duumvirn durch die Consuln bewirkt.[3] Daneben ward der König durch zwei ständige Gehülfen (*quaestores parricidii*) unterstützt, welche allen mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen (Elternmord, Felonie der Clienten! s. Gell. V, 13) nachspüren und die Verdächtigen vor das Königsgericht stellen mußten; in der Republik von den Consuln ernannt wechselten sie mit diesen alljährlich und hatten nun, indem sie zum Zwecke der Abhaltung eines Volksgerichts die Centuriatcomitien berufen konnten, direct vor diesen die Verdächtigen anzuklagen.[4]

Zu den freiwilligen Verringerungen des königlichen Imperium durch Servius Tullius soll zufolge einer Notiz des Dionysius (4, 25) auch die Ueberweisung des Urtheilsspruches in Civilstreitigkeiten an Privatrichter gehört haben („*τῶν ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταζεν εἶναι δικαστάς, ὅρους αὐτοῖς καὶ κανόνες τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους*"). Diese ziemlich allgemein lautende Notiz gewährt keinen sicheren Anhalt; waren es Collegialgerichte oder Einzelrichter, wie die der späteren *lex Pinaria?* von wem wurden sie ernannt? aus welchen Kreisen — dem Senat, den Curien, den Geschlechtern, den Centurien — wurden sie ge-

*) s. unten **Cursus** § 132 und 216. **Excurse** zu § 132—150. No. II.

wählt? war es als processualer Fortschritt (zur Gliederung in *Jus* und *Judicium*), oder als politische Maßregel, etwa zu besonderen Gunsten der Plebs, gemeint? Man möchte dabei an den Senat denken, welcher schon bisher als Rath des Königs bei solennen Acten und Processen ihm zur Seite gesessen; es blieb später lange Zeit ein Vorrecht und Beruf der Senatoren, die Rolle der Spruchrichter zu übernehmen (Dion. 2, 9; Polyb. 6, 17). Danach dürfte man annehmen, ein Ausschuß des Senats sei mit dem Spruchrichteramt fortan so betraut worden, daß es nicht mehr facultativ, sondern obligatorisch für den König seyn sollte, das spruchrichterliche Erkennen in Civilsachen an das besondere *Judicium* eines Richtergremiums von Senatoren zu verweisen. Ob dabei an eine der (später genannten) Gerichtsbehörden, der Decemvirn und Centumvirn, zu denken sei, ist bestritten.*

Literatur: 1) Ihering Geist d. R. R. II. S. 10 ff., III. S. 18. 129. — 2) Becker Röm. Alterth. II. 1. S. 335 ff. — 3) Lange Alterth. I. S. 331. — 4) Mommsen R. Gesch. I. S. 152. 155. 254. Lange I. S. 333. 736.

Zweite Periode.

Von der Gesetzgebung der XII Tafeln bis zum ersten Punischen Kriege.

(ca. 450-250 v. Chr.)

XIII. Kapitel.

I. Länder und Völker.

§ 97] Rom beginnt über Latium hinauszustreben; in unvergleichlicher Anspannung aller Kräfte gelingt es ihm, nach und nach ganz Italien seiner Herrschaft zu unterwerfen. Diese Großthat ist der Grundfaden im geschichtlichen Gewebe der zweiten Periode.

Wir unterscheiden hier fünf Stufen der Italischen Machtentfaltung Rom's. 1) Rom, die Bedrängniß Etruriens durch die Gallier benutzend, entschließt sich zu einem Eroberungskrieg gegen Veji, die etrurische Vormauer (408—396 v. Chr.); an der Spitze der Latiner und Herniker, versucht es zum ersten Male, eine fremde Nationalität sich botmäßig zu machen.[1] 2) Nach Süden hin gewinnt Rom eine neue Position durch Vorschiebung starker Colonien und endliche Unterwerfung der Volsker (389—377 v. Chr.): Antium und das ganze pomptinische Land gehören fortan zum Röm. Gebiet.[2] 3) Die Besiegung von Veji und Antium ist der erste Fingerzeig auf Rom's künftige Weltherrschaft über Land und Meer, und der berühmte Handelsvertrag Rom's mit Carthago (348 v. Chr.) ein Symptom davon; eine Veränderung des Verhältnisses zum latin. Bunde ist unausbleiblich, und der latinische Krieg von 340—338

---

*) s. d. Excurse zu diesem Kap. und Cursus § 135 und 221.

v. Chr. verwandelt die Hegemonie in Herrschaft: der Bund wird zertrümmert und die latinische Landschaft dem Röm. Gebiet incorporirt, die Latiner werden Röm. Unterthanen, und die latin. Conföderation bleibt eine bloß religiöse Festgenossenschaft. Mit den Latinern aber werden zugleich die Campaner besiegt, und die Röm. Herrschaft in dem südlichen volskischen und dem campanischen Gebiet befestigt.[3]

§ **98**] Rom bewährt sich inmitten der Völkerstürme immer als die *urbs quadrata* und bethätigt als solche nun auch sein Uebergewicht über die anderen Großmächte Italiens: die Samniter und die Hellenen, welche während Rom's Erstarkung durch gegenseitige Kämpfe geschwächt nun ohne geschlossene Organisation Rom gegenübertreten. 4) Die samnitische Eidgenossenschaft, am nächsten von der Röm. Wucht bedroht, geräth in Krieg mit Rom (326—290 v. Chr.) und unterliegt nach hartem Ringen und trotz des Beitritts der Etrusker und Tarentiner zur gesammtitalischen Coalition dem beharrlichen Rom, welches, gleichsam als Antwort auf jene Frage des Samniterführers „*Samnis Romanusve imperio Italiam regat?*“ (Liv. 8, 23), nunmehr seine Herrschaft über Mittelitalien hinaus durch große Heerstraßen und gewaltige Land- und Seecolonien rings befestigt, und sich zum letzten Italischen Hauptkampf vorbereitet.[4] 5) Bereits im Samniterkriege war Unteritalien lebhaft betheiligt gewesen, darum erwächst aus ihm fast mit Nothwendigkeit der Zusammenstoß Rom's mit der hellenischen Welt daselbst; der berühmte, dem Pyrrhus gegebene Bescheid des Senats, daß Rom nicht unterhandle, so lange fremde Truppen auf Italischem Boden stünden, zeigt, daß Rom mit dem Bewußtseyn, Italien's Haupt zu seyn, an die Unterwerfung des Südens gegangen ist. Mit der Besiegung der Messapier, Lucaner, Bruttier, endlich des Pyrrhus und der Tarentiner (285—272 v. Chr.) gelangt Rom an das Ende Italien's und steht nun recht eigentlich im Angesicht des ganzen mittelländischen Meers, gegenüber der ersten Seemacht dieser Zeit, seiner bisherigen Bundesgenossin und nunmehrigen Nebenbuhlerin.[5]

Neben und zwischen diesen Hauptactionen Rom's ziehen sich mancherlei Intermezzokämpfe mit den Fidenaten, Umbrern, Aequern und Marsern hin; die räuberischen Einfälle der Sabiner nahmen mit dem J. 449 ein Ende.[6] Gefährlicher sind die wiederholten Kämpfe mit den Etruskern (389. 356. 310. 301. 283 v. Chr.) und senonischen Galliern (390. 361. 349. 295. 282 v. Chr.), allein da diese auch durch gegenseitige Kämpfe einander schwächen, erleichtern sie Rom den endlichen vollständigen Sieg, welcher noch vor der großen unteritalischen Coalition gelingt.

§ **99**] Diese Ausbreitung Rom's war nicht bloß eine militärisch erobernde, sondern eine ethnisch assimilirende und politisch gestaltende; was erobert war, ward alsbald durch Colonien gesichert, welche systematisch durch Italien an entscheidende Punkte des Binnen- und Küstenlandes vertheilt allmählich ein unzerreißbares Netz über die wirren Völkergruppen spannten. Die bedeutendsten Massengründungen dieser

Art erfolgten nach Unterwerfung der Etrusker und Volsker (383—379), der Apulier und Campanier (334—312), der Samniter (295—291) und der Tarentiner (273—264).[7] Zugleich verstanden die Römer, die unterworfenen Völkerschaften zu isoliren: so lösten sie die Specialconföderationen innerhalb Latium's (während des 4. Jahrh. v. Chr.) und späterhin die Genossenschaft der Herniker, wohl auch die der Samniter und Lucaner.[8]

Daneben wußte Rom auch überseeischer Anknüpfungspunkte habhaft zu werden. Der alte Handelsvertrag mit Karthago ward 306 v. Chr. erneuert und gegenüber der von Unteritalien her drohenden Gefahr, 279 v. Chr., sogar in ein förmliches Militärbündniß verwandelt. Auch mit Rhodus war 306 v. Chr., mit Apollonia an der epirotischen Küste und mit Tarent etwa um dieselbe Zeit ein Handelsvertrag abgeschlossen worden; als aber Rom, die Besiegerin von Tarent, in das System der Staaten des Mittelmeers eintrat, „empfing es gleichsam die officielle Anerkennung seiner neuen Stellung durch die beiden feierlichen Gesandtschaften, die i. J. 273 v. Chr. von Alexandreia (Ptolemäos Philadelphos) nach Rom und wieder von Rom nach Alexandreia gingen, und wenn sie auch zunächst nur die Handelsverbindungen regelten, doch ohne Zweifel schon eine politische Verbündung vorbereiteten."[9]

§ **100**] Italien fängt an, latinisirt zu werden, die politische Einheit wird die Grundlage der linguistischen; zuerst assimiliren sich die Sabiner und Volsker der herrschenden latinischen Stammesart, die zahlreichen lateinischen Colonien sind eben so viele Heerde der lebhaftesten Propaganda für die allgemeine Romanisirung Italiens, und man gewöhnt sich, die ganze Italische Wehrgenossenschaft unter der Bezeichnung „*viri togati*" zusammenzufassen, bald auch, den Namen „Italia" von Calabrien auf die gesammte Halbinsel bis zum Arnus auszudehnen.[10]

Aber es beginnen nun auch die Rückwirkungen der Besiegten auf die Sieger. Die hellenische Cultur, für welche der fortgesetzte freundschaftliche Verkehr mit Massilia das Interesse der Römer wach erhalten, zieht von den Städten Unteritalien's nach dem Mittelpunkt der neuen Einheit, löst den Bann altrömischer Strenge und Sprödigkeit und lockt den bäuerlich starren oder spiesbürgerlich engen Rechtstrieb in freiere Bahnen hinaus. Das samnitische, dann reißend schnell hellenisirte, Campanien bildet die Vermittelung in dem beginnenden merkwürdigen Receptionsproceß, und namentlich scheint es Capua gewesen zu seyn, welches durch seinen immer regeren Verkehr mit der Metropole zu mannichfachen Neuerungen im Röm. Leben den ersten Anstoß gibt.

§ **101**] Mit der Ausbreitung der Röm. Herrschaft muß die Entfaltung der S t a d t R o m selbst und ihres Verkehrslebens Schritt gehalten haben. Die Abzweigung eines Theils der Bürgerschaft nach Veji (395 v. Chr.), dann die projectirte Umsiedelung der ganzen Bürgerschaft nach jener Stadt (390 v. Chr.) wird von Camillus verhindert und dadurch die Vollkraft der Stammbevölkerung gerettet; Rom wird wieder

aufgebaut (389), das Forum mit den antiatischen Schiffsschnäbeln geschmückt (338), von Appius Claudius eine großartige Wasserleitung nach der Stadt geführt, und diese mit der Hauptstadt Süditalien's, der hellenisirten Samniterstadt Capua, durch eine Heerstraße (312) verbunden, welche nach des Pyrrhus Besiegung südostwärts weiter geführt wird.

Rom wird so zu einem weithinwirkenden Anziehungspunkt für die Peregrinenbevölkerung Etrurien's und Campanien's, von wo namentlich seit dem Beginn des 3. Jahrh. v. Chr. immer zahlreichere Züge sich nach der Metropole wenden. Reichthum und Luxus wachsen, der innere Wohlstand hilft mit die innere Ruhe befestigen und die letzten Schwingungen des hitzigen Ständestreites überwinden. Die lateinische Sprache verfeinert sich, der Gebrauch der Schrift beginnt, wie denn die auf Leinwand gezogenen Magistratsverzeichnisse (*libri lintei*), die wichtigen Priester-Annalen und die später so zahlreichen Familienchroniken schwerlich früher als etwa mit Beginn dieser Periode angefangen haben; das Militär-, Münz- und Kalenderwesen vervollkommnet sich, die Zahl der Röm. Bürgerschaft wächst beträchtlich — der Census vom J. 280 beträgt 287,000, der vom J. 265 (nach dem Pyrrhischen Kriege) 282,000 Bürger — und Rom mit seinen neuen Bauwerken im Bogenstyl und seinem entwickelten Polizeiwesen gewinnt das Gepräge einer Großstadt; aber der Aufschwung, den so die Röm. Bürgerschaft als Herrin der Halbinsel nimmt, ist eigentlich „ein Aufschwung des staatlich geeinigten Italien's."

§ **102**] Gleichwie Rom nach Außen hin Italien eint, so gelingt ihm gleichzeitig und fast im ebenmäßigen Fortschritt auch der Sieg über den inneren socialpolitischen Zwiespalt. Es handelt sich bei dem Streite der Patricier und Plebejer auch fortan keineswegs bloß um politische Gleichstellung, sondern immer noch um Lösung socialer Probleme. Infolge des üblich werdenden Systems der indirecten Finanzverwaltung, wodurch alle Staatseinnahmen in die Hände von Mittelsmännern kommen, können die Capitalisten sich das Monopol gewisser Bereicherungen verschaffen, neu eroberte Domänengüter werden selten mehr assignirt, sondern in den Händen der occupirenden Reichen belassen, und weil die Hutungsgelder und Domanialgefälle einschlafen, muß ein größeres Maß Steuern aufgebracht werden. Das alles schlägt zu Ungunsten der großen Masse der Plebejer und der mit denselben (besonders seit der *lex Valeria Horatia*) mehr und mehr verschmelzenden Clienten aus. Endlich tragen auch die verwüstenden Kriege das ihrige bei, die Lage der capitallosen kleinen Grundbesitzer und Handwerker zu verschlimmern. Auf diese Weise vereint sich der Drang ökonomischer Erlösung mit den politischen Ansprüchen der Plebs zu so mächtigen und anhaltenden Stößen gegen die Burg der patricischen Vorrechte, daß Widerstand auf die Dauer unmöglich wird.[12]

Infolge des Gallischen Brandes, welcher viele Symbole der patricischen Tradition zerstört, unter dem Drucke des fast ununterbrochenen kriegerischen Nothstandes und endlich gegenüber dem Glanze der ein-

strömenden hellenistischen Kulturideen erbleicht und verkümmert die Kraft des alten Sacralsystems; setzt doch in seiner Censur (312—308) Appius Claudius die Uebertragung des Herculescultus an der *ara maxima* von der *gens Potitia,* welche mit 50,000 Libralas entschädigt wird, auf *servi publici* durch; eine Schranke nach der anderen wird zwischen Patriciern und Plebejern niedergerissen, und fast zu derselben Zeit, wo Rom über Samnium triumphirt, mit der dritten (vierten!?) *Secessio plebis* (286 v. Chr.) endet der 200jährige Riesenkampf der beiden Stände; ohne innern Zwiespalt steht Rom dem gegen seine Herrschaft verschwornen Italien im letzten Hauptkampf gegenüber.

Literatur: 1) Mommsen R. Gesch. I. S. 333. Schwegler R. Gesch. II. S. 682. III. S. 170 ff. — 2) Mommsen I. S. 348. — 3) Ders. I. S. 348. 353. 361—3. — 4) Ders. I. S. 364—385. — 5) Ders. I. S. 395—415. — 6) Schwegler II. S. 691 ff. 735. — 7) Mommsen I. S. 338. 348. 362. 372. 385. 415. — 8) Ders. I. S. 352. 426. — 9) Ders. I. S. 146. 353. 387. 395. 407. 417—421. 433. Voigt d. *jus naturale* d. R. II. S. 210—8. — 10) Mommsen I. S. 432. 454. 552. — 11) Derselbe I. S. 428. 442. 451. 464—479. 486. Schwegler I. S. 7—18. — 12) Mommsen I. S. 269—271. 296—8; 303—6. 446. Schwegler II. S. 560. 598. 623. III. S. 163.

XIV. Kapitel.

II. Politische Verfassung.

I. Rom.

§ 103] Der Ständestreit hatte seit der *lex Publilia Voleronis** eine politische Richtung erhalten, indem die Plebs nun auf Grund der durchgesetzten Separatorganisation zu einem selbständigen Körper formirt schien, und die vornehmen Plebejer politische Ansprüche zu erheben begannen. Beide Stände befanden sich wie zwei geschlossene politische Parteien einander gegenüber (*ordines, corpora: Liv. 3, 67; Pomp. in fr. 2. § 25. 26. D. de O. J. 1, 2*); sie empfanden wohl das Bedürfniß der Vereinigung und erstrebten sie, aber die Einen, um Gebieter zu seyn und auch fortan allein zu regieren, die Anderen, um eine Gleichberechtigung zu erlangen, welche dann freilich in thatsächliches Uebergewicht ausschlagen mußte. Die Letzteren, nicht mehr zufrieden, gegen das patricische *Imperium* Schutz zu haben, verlangten jetzt nach Theilnahme an demselben, und von der Abwehr gingen sie zum Angriff über. So oft der äußere Krieg pausirte, erhob sich der Kampf auf dem Forum, doch ein Kampf ohne Blutvergießen; Ernennung eines Dictator oder Gewinnung eines Volkstribunen oder Ausführung einer Colonie war seiten der Patricier, Verweigerung der Heerfolge oder Drohung mit agrarischen Rogationen oder Auswanderung und Verlassung der Stadt seiten der Plebejer und Volkstribunen das äußerste Mittel; es ist der schönste Ruhm Rom's, einen so leidenschaftlichen Kampf durch 2 Jahrhunderte in der Toga geführt, ohne Waffen zum Austrag gebracht zu haben.[1] Dieser Kampf ist zugleich die Geschichte der Magistratur, der Comitien und des Senats.

*) s. oben § 79.

§ 104] **1. Magistratur.** Nachdem die Plebs in den XII Tafeln sich feste Regeln der Jurisdiction erkämpft, mit der *lex Canuleja* die gesellschaftlichen Schranken des *conubium*, mit der Einsetzung des Consulartribunats die politischen Schranken des patricischen Imperium-Monopols, wenigstens im Princip niedergerissen hatte, ging der Rückzug der Patricier von Punkt zu Punkt. Sie versuchten, schon jetzt öfters verbunden mit dem vornehmen Theil der Plebs, ihre Zuflucht in der Abzweigung staatsamtlicher Ressorts und Reservirung der hierdurch geschaffnen neuen Aemter. Im J. 443 v. Chr. ward die Censur zur Feststellung des Staatsbudgets, sowie der Bürger- und Steuerlisten, 367 die Prätur vom Consulat abgelöst zur Handhabung der Rechtspflege, und gleichzeitig in der curulischen Aedilität eine neue mit der Marktpolizei und Leitung der Staatsfestlichkeiten betraute Würde gegründet.

Mit der *lex Ogulnia* (300 v. Chr.) und der Erwählung des Plebejers Tib. Coruncanius zum *Pontifex Maximus* (253) fiel die letzte sacrale Schranke, und mit der *lex Hortensia* (287) vollendete sich der demokratische Ausbau Rom's. Allerdings enthielt die Vertheilung der Amtsgewalt unter viele Träger eine Zersplitterung und mithin Abschwächung der amtlichen Initiative, allein sofern die Theilung doch im Grunde eine Gliederung war, verstärkte sich anderseits die Schwerkraft des Aemtersystems mit seinen co- und subordinirten Gewalten und befähigte zum Widerstand gegen die demokratischen Fluten, welche auf das eine Amt stoßend nicht zugleich auch die Dämme der übrigen Aemter durchbrachen.

Der Inhalt der Amtsgewalt im Allgemeinen (*potestas*), welche immer am vollständigsten bei den Consuln (bis auf die Decemvirn und noch in den XII Taff. *praetores* genannt: *Liv. 33, 55*; *Varro apud Non. p. 23.* d. h. Vorsteher; seitdem *Consules*,[2] d. h. Berather, Fürsorger, Pfleger) war, bestand im *jus multae dictionis*, *jus edicendi* (Erlassung von Verordnungen), *concionem habendi* und *auspiciorum publicorum* (oder s. g. *spectio*). Formell bedeutete das Amt die Repräsentanz der *majestas nominis Romani*, und es umgab seinen Träger mit dem Nimbus staatsrechtlicher Ehre (*honor*); es war auch insofern Ehrenamt, als es (im Unterschied von dem subalternen Dienstamt und dem Amt der Kaiserzeit) ohne Besoldung war. Die *Creatio* verlieh dem *designatus* die *potestas*, welche aber einstweilen schlummerte oder schwebte, und nebst dem *imperium* erst mit dem wirklichen, nach der Abdication des Vorgängers erfolgenden Antritt des Amtes (*inire magistratum*) erwachte.

§ 105] Man unterschied* 1) *magistratus ordinarii*, welche das regelmäßige System der Magistratur darstellten, darunter Quästur, Aedilität, Prätur, Consulat und Censur gruppirt als herkömmliche Stufenfolge der Bewerbung (*quorum certus ordo est*) — und *extraordi-*

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. III.

narii, welche als Ersatz oder Ergänzung vorübergehend eintraten bei außerordentlicher oder gefahrvoller Lage des Staats oder für ungewöhnliche Geschäfte (*decemviri legibus scribundis*, *tribuni militum consulari potestate*, *dictator* und *magister equitum*, Commissionen von *Duumvirii*, *Triumviri* u. s. w.). 2) *Magistratus patricii* und *plebeji*, welche letzteren aus der Plebs (anfangs auch für die Plebs: *magistratus plebis*) gewählt wurden, nämlich die *tribuni* und *aediles plebis*. 3) *Mag. cum* und *sine imperio*, zu deren ersteren, außer dem *dictator* (und den *decemviri leg. scrib.*) die Consuln, Consulartribunen und Prätoren gehörten: sie hatten vor den anderen das Recht zum Heerbefehl unter eignen Auspicien, die *vocatio populi viritim* und das *jus lege agendi* (Jurisdiction) voraus. 4) *Mag. majores*, nämlich Consuln, Prätoren und Censoren (auch Dictator und Consulartribunen), welche gewissermaßen als die Erben der Königsgewalt von den Centuriatcomitien gewählt wurden, während der Amtszeit unanklagbar waren und sich durch die *auspicia majora*, *jus comitia centuriata habendi* und *jus prensionis* (Verhaftung und Einkerkerung) auszeichneten, und die *minores*, welche, ursprünglich den Oberbeamten als ihren Vorgesetzten unterworfen, erst allmählich (während des 3. Jahrh. v. Chr.) aus Dienern zu Magistraten wurden; man zählte ihrer (mit Ausschluß der Aedilen und Quaestoren, sowie der *duumviri navales*) 26, daher zusammen *vigintisexviri* genannt, nämlich die *decemviri lit. jud.*, *quatuorviri juri dicundo* (d. h. die über die 10 campanischen Städte gesetzten *praefecti*), *triumviri nocturni* oder *capitales* (zur Ergänzung der den Aedilen obliegenden *cura urbis*), *triumviri monetales*, *quatuorviri intra* und *duumviri extra urbem viis purgandis*. Zu einer Mittelstellung zwischen beiden Gruppen erhoben sich die curul. Aedilen und die Quaestoren, während die Volkstribunen eine außerordentliche Stellung neben beiden Classen einnahmen; zwar hatten dieselben das *jus cum plebe agendi* oder Recht, Tributcomitien abzuhalten, welches sie anfänglich vor den *magistratus* (*majores*) vorausgehabt, dann mit diesen gemein, aber sie waren und blieben eine Behörde, welche außerhalb der aus dem Königthum hervorgewachsenen Magistratur und mit dem Karakter eines *auxilium* (*adversus imperium*) nicht unter, sondern gegenüber dem *imperium* standen. 5) *Mag. curules* (mit *sella curulis* und *toga praetexta*) und *non curules*: eine Eintheilung, welche mit der vorherigen fast zusammenfällt, indem nur die curulischen Aedilen nicht zu den *majores* gehörten, und die plebejischen Consulartribunen *majores* waren, ohne zu den *curules* zu gehören.[3]

§ **106**] **2. Comitien.** Neben der *potestas magistratuum* war die *vox* (*jussus*) *populi in comitiis legitimis*, d. h. in den durch einen Magistrat geleiteteten Versammlungen des politisch geordneten Volks, Organ des Staatswillens und Mitträgerin der Souveränetät; ja es erstieg dieses Organ in der zweiten Hälfte der gegenwärtigen Periode* den

---

*) s. Excurse zu § 72—74. No. IX.

Gipfel politischer Bedeutung und näherte sich eine Zeit lang dem Ideal demokratischer Volkssouveränetät bedenklich an.[4] Die Tributcomitien, von den sacralen Schranken der Curiatcomitien frei und von Anbeginn rein weltlichen politischen Karakters, dazu ohne die militärische Disciplin der Centuriatcomitien und in der Hauptsache nach Kopfzahl, nicht durch eine privilegirte Minorität, beschließend, waren vornehmlich geeignet, jener Demokratisirung des Staatswesens zu dienen. Appius Claudius Caecus hatte im J. 312 versucht, diese auf die Spitze zu treiben, d. h. den Einfluß der Nobilität auf die Tributcomitien dadurch zu beseitigen, daß er die bis dahin in den 4 Stadttribus zusammengedrängten *libertini* und *humiles* (*opifices* und *sellularii: forensis factio*) auf ihr Verlangen in die Landtribus einschrieb und so ihrer vertheilten Masse das Uebergewicht bei der Comitienabstimmung gab, womit überdies die Aufnahme der vermögenden (?) *libertini* in die Centurien der 5 Classen zusammenhing (*forum et campum corrupit. Liv. 9, 46)*; ein nachheriger Censor, Fabius Maximus (304) stellte aber, wie es scheint, den früheren Zustand wieder her, indem er die Libertinen (aus den Centurien wieder aus- und) samt den *humiles* in die 4 Stadttribus zurückwies.[5]

Seit der *lex Hortensia* (287) übten die Tributcomitien — unter Vorsitz der Volkstribunen, bezieh. der Consuln und Prätoren — in der Gesetzgebung und Controle der Verwaltung die wichtigsten Acte der Volkssouveränetät aus, welche sich in ihnen immer entschiedener ausprägte; sie griffen durch Wahl der plebejischen und aller niederen Magistrate, sowie durch ihre Gerichtsbarkeit tief und allseitig in den Gang der Staatsmaschine ein.[6] Der Volksmenge schien es fast gelungen, alleinige Trägerin der *majestas populi Romani* zu werden, die Magistrate zu ihren verantwortlichen Dienern (*Liv. 2, 7; 26, 31; 38, 11*), und die Aemter zu *beneficia populi Romani* (*Liv. 10, 7*), den Senat zu ihrem nach ihrem Willen zusammengesetzten Staatsrath zu machen; nur der gesunde Sinn der Römer vermied es, die extremen Consequenzen dieses Systems zu ziehen.

§ **107**] Das Recht, über Angriffskriege zu entscheiden und die *majores magistratus* zu creiren, blieb den Centuriatcomitien: hier mußte noch immer dem *jussus populi* die *rogatio* des Consuls und *auctoritas Senatus* vorausgehen, doch unterblieb, während in der älteren Kriegserklärungsformel (*Liv. 1, 32*) neben dem *Populus* der Senat genannt war, späterhin die Erwähnung des letzteren (*Liv. 36, 2; Gell. 16, 4.*[7], was Lange wohl unterschätzt). Bei legislativen Modificationen der *lex curiata de imperio* gehörte außerdem die jetzt gleichfalls vorausgängige *patrum auctoritus* (Genehmigung durch die Curiatcomitien) hinzu. Ueberhaupt trat seit der *lex Publilia Philonis* (339) und dann besonders der *lex Hortensia* (287) die legislative Thätigkeit der Cent.-Com. ganz in den Hintergrund, indem sie durch die erstarkte Legislative der Tributcom. überflüssig gemacht schien; aus dieser Zeit, bis auf Sulla ist kein einziges Verfassungsgesetz der Centurien bestimmt nachzuweisen. Für das Gebiet des Privatrechts galt das Gleiche schon seit

der *lex Valeria Horatia* (449); alle Gesetze privatrechtlichen Inhalts, z. B. *lex Poetelia, Aquilia,* scheinen Tributbeschlüsse zu seyn. Das Recht der Cent.-Com., die Vollmacht der Censoren für die Gestaltung des *exercitus quinquennalis* festzustellen (*lex centuriata de potestate censoria*), ward ohne Veränderungen ausgeübt und blieb insofern eigentlich bloße Formalität.[8]

Die politische Bedeutung der Curiatcomitien verkümmerte, seitdem ihr Bestätigungsrecht für Gesetze durch die *lex Publilia Philonis* (339) und für Magistratswahlen durch die *lex Maenia* (287?), welche Anticipation der *patrum auctoritas* vorschrieben, illusorisch geworden war; der Besuch der Comitien erlosch, und es ward fingirt, daß die *patrum auctoritas* mit enthalten sei in dem *Senatusconsultum,* welches dem Antrag des Magistrats an die Cent.-Com. vorangehen mußte (*Liv. 1, 17*); die ehrwürdige Rolle der Curien hatte sich damit gleichsam in den Schoß des Senats zurückgezogen, und die Curien ruhten nun in der Hostilischen Curie. Bloß zur Ertheilung der *lex curiata de imperio* an die creirten Magistrate versammelten sich noch die Curien,[9] aber auch hier begnügte man sich schließlich mit einer formellen Repräsentanz.*

§ **108**] **3. Senat.** Die Competenzerweiterungen der Tributcomitien** geschahen vornehmlich auf Kosten des Senats. Schon darin lag ein Verdunkeln der Stellung dieses *consilium publicum,* daß auf Grund der *lex Valeria Horatia* (449) die bis dahin standesrechtlichen Comitien einen staatsrechtlichen Karakter erhielten und für die an sie gelangenden legislativen Rogationen, wenigstens der Volkstribunen, die vorbereitende Mitwirkung des Senats, die von den Consuln und Prätoren immer beobachtet ward, in Frage gestellt und dem Belieben der Volkstribunen überlassen war.[10]

Allerdings gewann der Senat an Einfluß im Verwaltungsgebiet gegenüber den Consuln, aber es ward dieser Einfluß durch immer häufigere eingreifende Specialbeschlüsse der Tributcomitien — z. B. über Triumphe, Bündnisse, Kriegsvorbereitungen, Friedensschlüsse und andere auswärtige Angelegenheiten, Domänenverwaltung, Schuldentilgungen, Colonieausführungen — vielfach paralysirt,[11] und durch die *lex Publilia Philonis* (339), wie es scheint, den Tributcomitien sogar eine gesetzliche Garantie ihres Einflusses auf die Staatsverwaltung gegenüber dem Senat und das Ansehn einer Instanz über demselben zu Theil. Allerdings hatte die *lex Publilia* wohl zugleich ein Gegengewicht gegen diese Machterhöhung der Tributcomitien durch Verpflichtung der präsidirenden Volkstribunen zu Auspicien geschaffen, und die Competenz des Senats, sowie die der Trib.-Com. befand sich seitdem „in einem vom Standpunkt der gemäßigten Demokratie wünschenswerthen Gleichgewicht, indem die Trib.-Com. ein gesetzlich anerkanntes *Veto* gegen *Senatusconsulte* bei Verwaltungsangelegenheiten, der Senat aber nicht minder ein auf Herkommen und dem Auspicienwesen begründetes *Veto*

*) s. unten § 183. **) s. oben § 106.

gegen Plebiscite hatten";[12] allein der Senat erkannte immer häufiger die Trib.-Com. als die höhere Instanz an, sogar in Fragen, welche das *Imperium* direct berührten,[13] und durch die *lex Hortensia* (287), welche auch die das *Imperium* betreffenden Plebiscite den Centuriatgesetzen gleichstellte, ward, wie es scheint, zugleich das *Veto* des Senats gegen die Trib.-Com. auf eine Cassirung der Plebiscite wegen formeller Mängel beschränkt.[14]

§ **109**] Extensiv erweiterte sich die Verwaltungsthätigkeit des Senats erheblich während dieser Periode, nach Maßgabe der Ausdehnung des Staats und der immer kunstvolleren Gliederung des administrativen Organismus; er theilte sich mit der Magistratur in die Functionen der Executive.[15] Seine Geltung im Sinne grundlegender Staatsactualität war beträchtlich geschwächt*, allein da die Comitien immer nur ephemer hervortraten, erschien nach Außen der Senat als die ständige Verkörperung des Staats und als die dem einzelnen Magistrat Nachdruck gebende Behörde: nur in diesem Sinne ist wohl die Formel: *Senatus Populusque* bei Liv. 10, 7. 44; 21, 40. 41.[16] zu verstehen, indem hier der Senat als Repräsentanz des Populus vor diesem genannt ist. Seine praktisch wichtigste Competenz bestand in der Verwaltung des *ager publicus* und des Staatsschatzes (Polyb. 6, 13—17), wodurch er oberste Instanz in allen Finanzsachen war (Liv. 2, 9; 23, 31. 48; 39, 7); seine glänzendste Rolle spielte er als Lenker der diplomatischen Verhandlungen mit Bundesgenossen und fremden Mächten, wie als Oberbehörde der Municipien und Colonien (Liv. 9, 20; 30, 17; 31, 11; 40, 42; 41, 27), für welche die *Scta* das Ansehn wirklicher Gesetze hatten.[17]

II. Italien.

§ **110**] Während Rom's Ausbreitung über Italien schuf sein mit diplomatischem Geschick wunderbar verbundener Organisirungstrieb verschiedene Abstufungen politischer Zugehörigkeit, Abhängigkeit und Verbündung. Es sind folgende staats- und völkerrechtliche Verhältnisse zu unterscheiden:

A. System der Incorporation.[18]

1) Wenn, seitdem 494 v. Chr. 21 Tribus errichtet worden, neue Regionen zum Röm. Gebiet geschlagen und deren Einwohner in die Röm. *civitas cum suffragio* aufgenommen wurden, so fand einfache Vertheilung von Land und Volk unter die bestehenden Tribus Statt; dies geschah z. B. noch mit Tusculum i. J. 381. Seit 387 aber (nach den Siegen des Camillus über Etrusker und Volsker) betrat man wieder die Bahn der Tribusvermehrung, indem man je nach Bedürfniß neue Tribus errichtete, bis i. J. 241 die Zahl 35 erfüllt war, welche nicht mehr überschritten ward und nun als eine abgeschloßne Organisation galt.[19]

2) Andere Völkerschaften und Gemeinden, welche gleichfalls dem Röm. Staatsgebiet einverleibt wurden, erhielten (etwa seit 353) nur

*) s. Excurse zu diesem Kap. No. IV.

die *civitas sine suffragio (et jure honorum)*, wodurch sie, ähnlich den Plebejern der ersten Zeit, zu *aerarii,* d. h. mit untergeordnetem Kriegsdienst und mit Tribut belegt, wurden und ohne Einfluß auf die Röm. Staatsangelegenheiten blieben; dies geschah namentlich mit den während des 4. Jahrh. v. Chr. unterliegenden samnitisch-campanischen und einzelnen hernikischen Städten. Solchen Gemeinden (*municipia*) wurde theils die Verwaltung ihrer Communalangelegenheiten durch ihren Senat, ihre Beamten und Versammlungen gelassen („*semper rempublicam separatim a populo Romano habebant*“ Fest. p. 142. Müll.), z. B. Cumae, theils ihre corporative Selbständigkeit genommen („*quorum civitas universa in civitatem Romanam venit*“ *Paul Diac. s. v. Municipium p. 127. Müll.*), z. B. Caere. Capua ward infolge seines Abfalls nach der Schlacht bei Cannae aus der 1. in die 2. Classe versetzt. Es scheint, daß nur diese 2. Classe unter dem Ausdruck *Caeritum tabulae* begriffen ward, während die Bezeichnung *Praefecturae*, hergenommen von den theils gewählten theils durch den *Praetor urbanus* ernannten Gerichtsbeamten (*IV viri* bez. *praefecti juri dicundo*), welche von Rom aus in solche Municipien gesandt wurden, Gemeinden beider Classen umfaßte.[20]

B. System der Föderation.

§ **111**] Ein Bund gegenseitiger Kriegshülfe ließ den Gegensatz von In- und Ausland bestehen, verstattete aber eine Annäherung an den Incorporationstypus.

1) *Foedus aequum* mit Latinern und Hernikern, mit gegenseitigem *commercium*, *conubium* und bez. *municipium* (im alten Sinne, d. i. Röm. Klagrecht, *actio*, und volle Freizügigkeit — *isopolitia* —), wie es im alten latin. Bund ausgesprochen war und mit den Camertern und Herakleensern bestand. Auch das erneuerte Bündniß mit den Latinern 358 v. Chr. hieß noch *aequum foedus*, ordnete aber in der That die latinischen Gemeinden Rom unter.

2) *Foedus iniquum* mit Oberhoheit Rom's ward das Verhältniß desselben zu einer Anzahl der a. 340 in Empörung gerathenen latinischen Städte, z. B. Tibur und Praeneste, dann zu den Lucanern und Apulern. *Proculus in fr. 7. § 1. D. de captiv.* (*49, 15*) vergleicht dieses Verhältniß mit der Clientel (Vasallenschaft).

Foedera beider Arten wurden nach und nach mit allen Staaten Italiens unter oft wechselnden Umständen, später auch mit Völkern und Königen außerhalb Italiens eingegangen, der Name Socii aber blieb den italischen *Foederati.* — Von dem *foedus* sind die Vertragsverhältnisse der bloßen *amicitia* (z. B. zwischen Karthago und Rom) und des engeren *hospitium publicum* (mit geschäftlichem und processualem Verkehr *inter cives et peregrinos: proxeneia*) zu unterscheiden. Solche Befreundete gehörten, gleich den Verbündeten, zu den *liberae gentes* und waren den *hostes* im weiteren Sinne entgegengesetzt (*fr. 5. § 2. D. de captiv. 49, 15*), d. h. *peregrini* und folglich nur mit interna-

tionalem, nicht mit quiritischem *commercium*. Die wichtigsten Beispiele dieser Art gehören hauptsächlich dem transmarinen Verkehr und der folgenden Periode an, wo das *hospitium publicum* nebst der *deditio* und *occupatio bellica* den Uebergang zum provinzialen Annexionssystem bildet.[21]

C. System der Colonisation.

§ **112**] Zur Ergänzung der für Sicherung des Röm. Einflusses geschaffenen Einrichtungen diente die Abordnung von Colonien, welche theils im Binnenlande, theils zum Schutze der Küsten angelegt wurden. Die Hauptmasse der Coloniegründungen fällt in die Zeit von 350 bis 250 v. Chr. Die Colonien waren exterritoriale, aber integrirende Theile des Röm. Staats und latinischen Bundes.

1) *Coloniae Romanae s. civium*, bestehend aus Röm. Plebejern, welche ihre volle *civitas* behielten und in den Tribus zu Rom stimmen konnten.[22]

2) *Coloniae latinae* waren ursprünglich Colonien des latin. (d.h. Römisch-latinisch-hernikischen) Bundes, dann durch die Römer aus latinischen Gemeinden deducirte Colonien; sie hatten im Verhältniß zu Rom die Stellung von *socii* (*foederati*).

Ueberall bildeten die *coloni* die regierende Bürgerschaft in der Localgemeinde. Sie hatten ihre Versammlungen, ihren Senat und ihre Beamten (*duoviri* u. s. w.), denen alle übrigen Einwohner mit unterworfen waren; Rom schuldeten sie Kriegsdienst. Die *coloniae maritimae* hatten die besondere Aufgabe, als immer kampfbereite *praesidia* gegen den Seefeind zu dienen, und eine dieser Aufgabe besonders angemessene militärische Organisation.

Literatur: 1) Schwegler R. Gesch. I. S. 622. — 2) Ders. II. S. 114. — 3) Mommsen R. Gesch. I. S. 794. Lange R. Alterth. I. S. 583—595. 749—768. — 4) Walter Gesch. d. R. R. I. § 116. 117. — 5) Lange I. S. 449. II. S. 69—81. 431; zum Theil abweichend Mommsen I. S. 311. — 6) Lange II. S. 396. 460—2. Mommsen I. S. 311. — 7) Lange II. S. 516. — 8) Ders. II. S. 518—522. — 9) Ders. I. S. 351. 353. — 10) Ders. II. S. 529. — 11) Ders. II. S. 368. 531. — 12) Ders. II. S. 48. 368. 538. — 13) Ders. II. S. 545. — 14) Ders. II. S. 549. — 15) Mommsen I. S. 321. — 16) Anders meint Lange II. S. 369. — 17) Lange II. S. 379. — 18) Vergl. die Schilderung bei Mommsen I. S. 507. — 19) Lange I. S. 451. II. S. 51. 123. — 20) Marquardt Alterth. III. 1. S. 7—13. 21—4, zum Theil abweichend von Mommsen Röm. Münzwesen S. 246. Dazu Walter Gesch. d. R. R. I. § 108. Lange I. S. 755—7. II. S. 58. — 21) Voigt d. *jus naturale* d. Röm. II. S. 134 ff. 256 ff. Walter Gesch. d. R. R. I. § 80—103. 212—6. 224—232. Lange II. S. 51—8. — 22) Aufgezählt bei Marquardt III. 1. S. 18.

XV. Kapitel.

III. Rechtsquellen.

§ **113**] Die *lex XII tabularum*, nach ihrem Veranlasser auch *lex Terentilia Arsae*, oder nach der Entwurfscommission der Zehnmänner *lex decemviralis* genannt, steht an der Spitze der zweiten

Periode und umspannt ideell den Zeitraum derselben; sie kann als ihr Symbol gelten. Die XII Tafeln* bildeten fortan den *fons omnis juris et publici et privati* (Liv. 3, 34; Dion. 10, 3); alle weitere Rechtsbildung ging von ihnen aus, lehnte sich an sie an [1], und man könnte diese ganze Periode, will man sie nach der vorherrschenden Rechtsquelle karakterisiren, als die Periode der Gesetzgebung bezeichnen.

Die wichtigsten Impulse der Fortbildung des Rechts, an welchen diese Periode so reich ist, führen sich auf ausdrückliche Acte der Gesetzgebung zurück. Während der vorigen Periode waren die Rechtsanschauungen gleichsam nur in großen Massen und groben Umrissen hervorgetreten, in der *lex decemviralis* aber war nun der Anfang gemacht mit Ausmünzung dieser Massen und Durchbildung dieser Umrisse, und in regem Wetteifer der legislativen Kräfte der Nation entfaltete sich eine Fülle neuer Ausgangspunkte**.

In zwei Hauptbahnen bewegte sich diese Rechtsentwicklung: 1) in der zunftmäßigen Handhabung des Rechts durch das Collegium der Pontifices, und 2) in einer Reihenfolge höchst bedeutender schöpferischer Acte der gesetzgeberischen Staatsgewalten.

§ **114**] Zu 1) Aus der pontificalen Rechtshandhabung entsprang die s. g. *interpretatio XII tabularum*, eine neue eigenthümliche Art des Gewohnheitsrechts (*Pompon. in fr. 2. § 5. D. de O. J.*), welche ruhend auf dem Fundament der Zwölftafelgesetzgebung zugleich mit der Spitze hineinragt in die Region der kommenden Wissenschaft [2]. Die Pontifices, meistens ältere Männer und angesehene Patricier — *Pomponius in fr. 2. § 36. 37. D. de O. J.* (*1, 2*) nennt Appius Claudius den Decemvir und dessen Urenkel, ferner den Sempronius *σοφός*, Scipio Nasica und Q. Mucius — assistirten als Wächter der *sacra* und Führer des Staatskalenders dem die *legis actio* übenden Consul und Prätor, sie waren dessen Berather und hatten das *fas* zu wahren: zu diesem gehörte z. B. die Theorie von der *hereditas cum sacris*, worüber Cicero (*de leg. 2, 19—21*) sagt: *sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege, conjuncta sunt* [3]. Ein anderes Beispiel (*aqua pluvia*) bringt *Pomponius* in *fr. 21. pr. D. de statu lib.* (*40, 7*). Ueberdies widmeten sie sich der besonderen Aufgabe, den Privaten Auskunft und Belehrung über Rechtsfragen, namentlich Anweisung zur Formulirung von Klagen und Präcisirung von Rechtsgeschäften zu ertheilen, wozu bis auf die Einsetzung der Prätur sogar alljährlich ein Pontifex besonders auserlesen wurde. Dem Scipio Nasica, welcher vom Senat den Beinamen Optimus erhielt, ward vom Volke ein Haus an der *via sacra* zum Geschenk gemacht „*quo facilius consuli posset*". — Gesammelt wurden solche Gutachten in den *Commentarii* der Pontifices † (*Cic. de orat. 1, 43*) [4]; diese können daher als die Wiege der Röm. Jurisprudenz bezeichnet und insofern mit den Commentatoren des 14. Jahrh. verglichen werden, welche auch in formaler Anknüpfung an die glossirte Gesetz-

---

*) s. Excurse zu diesem Kap. No. I. **) s. unten § 180. †) s. oben § 80—82.

gebung Justinian's das Organ der neuen juristischen Praxis wurden. Wir dürfen uns jedoch die Pontifices nicht in dem Sinn als die privilegirten Rechtskundigen denken, wie die Civilisten und Canonisten des Mittelalters, welche die dem Volk unverständlichen Gesetze studirten und lehrten, denn das materielle Recht Rom's war ja durch die XII Tafeln Allen zugänglich und geläufig, und die Rechtsprechung öffentlich und volkskundig; allein die Kunst der rechtsgeschäftlichen Cautelen und die Kunde der formellen Bedingungen der *legis actiones* wurden als Vorrecht des patricischen Standes, speciell des Pontificalcollegiums bewahrt, und hierdurch das Volk verhindert, bei Rechtsstreitigkeiten sich auf die eignen Füße zu stellen*.

Daher galt die durch den Geheimschreiber des App. Claudius Caecus, Cn. Flavius, im J. 312 gewagte Veröffentlichung des Gerichtskalenders und Abfassung eines Klagspiegels, d. h. einer Formulariensammlung über die *legis actiones***, als ein das Patronat der Patricier über die Plebs erschütternder Verrath am Collegium der Pontifices und als eine preiswürdige Wohlthat für das Volk (*Liv. 9, 46; Valer. Max. 2, 5, 2; Cic. ad Att. 6, 1, 8. 18; de orat. 1, 41; Plin. hist. nat. 33, 1, 17*). Die Ehre der Idee gehört wohl dem genialen Claudier, aber seinem *scriba* das Verdienst der schriftstellerischen Ausführung derselben, und es ward daher die Sammlung *jus (civile) Flavianum* genannt; Reste derselben sollen in des *M. Valerius Probus Compendium de notis antiquis § 4* enthalten seyn. Ob neben ihr der gleichfalls auf diesen Claudier zurückgeführte *Liber de usurpationibus* die ergänzende Bedeutung eines Spiegels des materiellen Civilrechts hatte, wie neuerdings von Sanio vermuthet wird, bleibe dahingestellt[5].

§ **115**] Zu 2) Der Uebergang aus der gewohnheitsrechtlichen in die gesetzgeberische Periode ist zugleich eine Annäherung an das System der juristischen Schriftlichkeit, denn die Acte künstlicher Rechtsschöpfung müssen auch künstlich zur Notorietät gebracht, also formulirt und publicirt werden. Dieser Zug zur Schriftlichkeit gewinnt nun Bedeutung, auch die Senatsbeschlüsse werden jetzt aufgezeichnet[6]; wichtiger ist, daß in zahlreichen Plebisciten, bez. *leges* sich neue Impulse des nationalen Rechtstriebes Luft machen. Die XII Tafeln enthielten sowohl staats- als privatrechtliche Satzungen[7].

Weitere Gesetze staatsrechtlichen Inhalts sind die *lex Valeria Horatia (449)*, *Licinia Sextia (367)*, *Ovinia (350?)*, *Publilia Philonis (339)*, *Ogulnia (300)*, *Hortensia (287)*†: Gesetze familien- und verkehrsrechtlichen Inhalts sind die *lex Canuleja (445)*, *lex Atilia (267)*, mehrere *leges foenebres* z. B. *lex Duilia et Maenia (357)*, *Genucia (342)*, Gesetze über Obligationen z. B. *lex Poetelia (313?* für das Privatrecht die wichtigste Erscheinung zwischen der *lex decemviralis* und *lex Papia Poppaea)*, *lex Aquilia (287?)*, *lex Silia* und *Calpurnia (247?)*,

*) s. Excurse zu diesem Kap. No. II. **) s. unten § 137. †) s. das vorherg. Kap.

speciell über Bürgschaft[8]: die *lex Appuleja*, *Furia* und *Valeria* (*390. 345. 342*).*

§ **116**] Der Gang des einzelnen Gesetzgebungsactes gliederte sich in 3 Stationen: 1) *Latio* d. h. Ankündigung der (immer vom Antragsteller selbst vollständig redigirten) Bill und Vorlegung an den Senat, vorläufige Veröffentlichung (*promulgatio*) und Empfehlung (*suasio*) derselben in Vorversammlungen (*conciones*), wo der Inhalt frei discutirt werden konnte; die Promulgation pflegte ein *trinundinum* d. h. 17 Tage (da die *nundinae nono quoque die* abgehalten wurden) vor der Einbringung stattzufinden (Dion. 7, 58; 9, 41). 2) *Rogatio* d. h. Einbringen der berathenen Bill in den Comitien, welche darüber einfach mit Ja (*Jubeo — Uti Rogas*) und Nein (*Antiquo sc. legem*) abstimmten; dieser Hauptact gehörte zu den Fällen des *agere cum populo*, und ward mit Rücksicht auf die Tributcomitien oft als *tribunicia actio* bezeichnet: Liv. 2, 56; 9, 2; Gell. 5, 19; 10, 20; 13, 15[9]. 3) *Publicatio* d.h. Verkündigung des angenommenen und dadurch rechtskräftigen Gesetzes (der *lex perlata s. perrogata*) durch Abfassung auf (ehemals hölzernen: Dion. 3, 36, später auf) erzenen Tafeln, welche an öffentlichen Orten z. B. an Gebäuden auf dem *Forum*, an Tempeln zu Aller Kenntnißnahme (*unde de plano recte legi possent*) aufgestellt, d. h. angeheftet wurden (*legem s. tabulam figere*): Liv. 3, 57; 7, 3; Tac. hist. 4, 40; Cic. ad Attic. 14, 12; Phil. 2, 36. 38; Dion. 10, 32; fr. 8. D. ad leg. Jul. (48, 13).

Die Fassung des Gesetzes enthielt 3 Theile: 1) die *praescriptio* (*index*) mit dem Geschlechtsnamen der beiden Consuln oder des *legislator* (dessen Familienname zuweilen im Genitiv beigefügt vorkommt), der Angabe des Ortes (z. B. *Forum*) und der voranstehenden Tribus; 2) die *rogatio* d. h. der dispositive Context des Gesetzes in befehlenden Worten; 3) die *sanctio* (ausgen. bei s. g. *leges imperfectae*) d. h. Strafandrohung im Uebertretungsfalle (*fr. 41. D. de poen. 48, 19*) und bez. Bestimmung der Rechtsform, in welcher das Gesetz gerichtlich zu handhaben war (*legis actio*, vergl. *fr. un. D. de cond. ex lege 13, 2*).

Literatur: 1) Ihering Geist d. R. R. II. S. 36—8; 63—8. — 2) Ders. II. S. 38. 422. 489. — 3) Marquardt R. Alterth. IV. S. 239. — 4) Leist Gesch. d. Römischen Rechtssysteme S. 15. — 5) Sanio Varroniana i. d. Schriften Röm. Juristen (Lpz. 1867) S. 145. Mommsen Ber. d. Sächs. Gesellsch. d. Wiss. Bd. V. (Lpz. 1853) S. 91—134. Ders. R. Gesch. I. S. 474. Lange R. Alterth. I. S. 315—322. II. S. 77. Marquardt IV. S. 242. Rein R. Privatr. S. 46. Sanio l. c. S. 147. — 6) Mommsen R. Gesch. I. S. 474. — 7) Niebuhr R. Gesch. II. S. 350ff. Schwegler R. Gesch. III. S. 5ff. — 8) Rudorff R. R. Gesch. I. § 10. 15. 16. 19. 41. — 9) Brissonius de formul. II. 1, 8. — 10) Schwegler II. S. 563—5. Rudorff I. § 8. Lange II. S. 408. 553—6.

XVI. Kapitel.

IV. Rechtsfähigkeit (persona).

§ **117**] Die Servianische Form der Centuriatcomitien blieb während dieser Periode unverändert bestehen[1], nur wurde, wahrscheinlich bald

*) s. das folg. Kap.

nach den *leges Valeriae Horatiae* (449 v. Chr.), durch welche die *concilia plebis* das Ansehn allgemeiner Volksversammlungen erhalten hatten, den *Proletarii*, einschließlich die Gewerbtreibenden (*opifices* und *sellularii*) und bez. die Libertinen*, das *jus suffragii* in der abgesondert neben den eigentlichen *classes* stehenden *Centuria capite censorum* ertheilt: was gefordert schien durch die wachsende Bedeutung der Tributcomitien, zu deren stimmberechtigten Mitgliedern doch jene Bevölkerung zählte. Die Berufung derselben zu der neu errichteten (von Dionys. als 6. Classe gedachten) Centurie war der Beginn einer Annäherung der Centuriat- und Tributcomitien und ein principieller Fortschritt in der Gleichmachung der Civität: seitdem besaßen, da nun auch die Patricier und Clienten an den Tributcomitien Theil nahmen, alle Bürger, die nicht *aerarii*** waren, das doppelte *suffragium*, die Aufnahme in die Tribus galt als Verleihung des *suffragium* überhaupt, und die Ausstoßung aus den Tribus als allgemeine Entziehung des *suffragium* und Degradation in die *aerarii*. Der Einzelne bezeichnete sich als Vollbürger durch Zufügung seiner Tribus zum Namen, und die Verleihung der *civitas cum* und *sine suffragio* ward zur Competenz der Tributcomitien gerechnet.[2]

§ **118**] Die *Libertini*, zwar schon seit Servius Tullius durch Aufnahme in die Tribus über die *aerarii* erhoben, sind bis in die letzten Zeiten der Republik von dem eigentlichen Legionsdienst, *conubium*, Senat und den *honores* fern gehalten worden. Innerhalb der Tribus rangirten sie mit den gewerbtreibenden *ingenui* und sonstigen städtischen Proletariern, indem sie insgesammt in den 4 *tribus urbanae* zusammengedrängt zwar *suffragium*, aber ein ziemlich einflußloses hatten. Des Censors Appius Claudius Versuch†, durch Zulassung aller *humiles*, mithin auch der *libertini*, in ganz beliebige Tribus den Dignitätsunterschied zwischen den *tribus rusticae* und *urbanae* zu beseitigen und die begüterten *libertini* auch zu den Centurien zuzulassen, blieb ohne dauernden Erfolg.[3] Den *proletarii ingenui* war wahrscheinlich durch Camillus (Censor 403) der (besoldete) Dienst in den Legionen zugänglich geworden, indem man bei ber Aushebung bis auf (800 Libralas oder) 4000 Sextantaras herabging; auch hiervon waren die *opifices* und *sellularii*, sowie die *libertini* noch ausgeschlossen geblieben, bis App. Claudius allen armen *ingenui* und den Libertinen die Vortheile des Kriegsdienstes dadurch verschaffte, daß er sie zum Flottendienst (neben den *socii navales*), ja ausnahmsweise auch zum Landdienst zuließ. Diese Einrichtung, welche wohl als eine Consequenz der Camillischen Heerorganisation erscheinen konnte, blieb bestehen, da es unbillig gewesen wäre, den stimmberechtigten Proletariern und Libertinen jeden Antheil am Kriegsdienst zu verweigern, nachdem die *cives sine suffragio* in besonderen Legionen dienend (*Liv. ep. 12, 15*) daran Theil nahmen; allein es ward — etwa seit dem Pyrrhischen Kriege — üblich, bei der Aus-

---

*) vergl. oben § 85. **) vergl. unten § 120. †) s. oben § 106.

hebung nicht unter 1500 Sextantaras herabzugehen, und seitdem beschränkten sich die Bezeichnungen *Proletarii* und *Capite censi* auf die Bürger unter 1500 As, obwohl auch die reicheren nach wie vor als *proletarii* im alten Sinn des Worts, nur in der *centuria capite censorum* stimmten.[4]

§ **119**] Sonach waren sehr wichtige dem *jus publicum* angehörige Unterschiede innerhalb der Civität beseitigt, auch das volle *jus honorum* erstritten sich die Plebejer nach und nach, und alle Schranken des *commercium* und *conubium* waren schon mit und kurz nach den XII Taff. gefallen. In dem Maße aber, als das *fas* in den Hintergrund trat, und der Gentilverband verkümmerte, verschwamm der Stand der Clienten mit dem allgemeinen (plebejischen) Bürgerthum.* Dunkel bleibt die Frage, ob die Plebejer (und Clienten) die Theilnahme an den Curiatcomitien erlangten**; dieselben verloren übrigens immer mehr an praktischer Bedeutung, und die Berechtigten selbst legten keinen Werth mehr auf ihren Besuch. So konnte man nun sagen, daß die *cives Romani* sich gewissermaßen auf einer mehr und mehr nivellirten Fläche bewegten, die Sphäre der Privatpersönlichkeit trat immer klarer und schärfer aus dem genossenschaftlichen und publicistischen Zusammenhang heraus, und die Scheidung des *jus publicum* und *privatum* vollendete sich. Eine eigentliche Verkürzung des *caput* innerhalb und unbeschadet der Civität war im früheren Sinne nicht mehr denkbar, der Ausdruck „*familia*"† verlor daher den publicistischen Sinn und löste sich von der staatsrechtlichen Sphäre völlig ab. Wahrscheinlich zu derselben Zeit büßte dieses Wort auch seine Bedeutung als (staatsrechtlich in Betracht kommendes) Vermögen ein: fortan bedeutete es hauptsächlich das persönliche Band im Privatrecht, welches durch die *patria potestas* (und analogen Gewaltrechte) geknüpft ward, oder die rechtliche Stellung der Privatperson innerhalb dieses Bandes, und derselbe Begriff liegt der *capitis diminutio minima* im neuern Sinn zu Grunde. Für das Privatvermögen kamen nun andere Ausdrücke in herrschenden Gebrauch (*bona*).

§ **120**] Tiefer als die Proletarier und Libertinen, aber noch zu den *cives* gerechnet, standen die *aerarii* als *cives sine suffragio*. Die Hauptmasse derselben bildeten die Bewohner vieler italischer Ortschaften, welche nicht in die Tribus, sondern in besondere Listen eingetragen wurden; diese hießen, weil die Einwohner von Caere die ersten dieser Kategorie (seit 353 v. Chr.) gewesen waren, *Caeritum tabulae*. Solchen Bewohnern kam die Bezeichnung als *Municipes* im alten Sinn zu, wofern sie ursprünglich durch *hospitium publicum* und quiritarisches *commercium* mit Rom verbunden gewesen waren,[5] nachher wurden sie *aerarii* genannt, weil sie nicht, wie die Proletarier steuerfrei waren, sondern ein Schutzgeld (*aes*) entrichten mußten. Sonach wur-

---

*) s. Excurse zu diesem Kap. No. I. **) s. Excurse zu § 103—112. No. I.
†) s. oben Cursus § 84.

den die Ausdrücke *aerarii* und *cives sine suffragio* gleichbedeutend, während die Bezeichnung *municipes* später auch solchen, die zuvor Aerarier gewesen waren, selbst dann verblieb, wenn sie — wie das nach und nach vielen cäritischen Orten zu Theil ward — mit dem *suffragium* beliehen wurden.

Die Kategorie der *aerarii* ward dann auch in künstlicher Weise benutzt, indem der *infamia* verfallene und mit censorischer Rüge behaftete *cives* in sie verwiesen wurden: daher *aerarium facere* oder* *in tabulas Caeritum referre* als gleichbedeutend mit *tribu movere* (welche Redensart jedoch auch den milderen Sinn einer Versetzung aus ländlichen in städtische Tribus hatte, also soviel als *tribum mutare* bedeutete) anzusehen ist.

Es ergibt sich aus dem Bisherigen folgende Rangordnung innerhalb der Civität: 1) *cives optimo jure:* a) die patricischen Vollbürger (die nun auch an den Tributcomitien theilnahmen und nur von den rein plebejischen Aemtern ausgeschlossen waren); b) die plebejischen (und bez. clientischen) Vollbürger, welche den 5 Classen einrangirt waren (und nur des Stimmrechts in den Curien entbehrten?); 2) *cives non optimo jure*: a) *proletarii ingenui* und *libertini,* welche nur in der abgesonderten *centuria* und nur in den *urbanae tribus* stimmten und folglich ohne Einfluß waren; b) die *aerarii* als Bürger ohne alles Stimmrecht.

§ **121**] Außerhalb des eigentlichen Civitätsorganismus blieben die Ort- und Völkerschaften Italiens, mit denen Rom nur in ein föderatives Verhältniß trat. Sie bildeten die italische Peregrinenbevölkerung, welcher das internationale, nicht das quiritische *commercium* mit den Römern zustand. Der größere Theil der freien Bewohner der Halbinsel gehörte also zu den *peregrini,* doch haben wir dabei vorzugsweise an die Hellenen Unteritaliens zu denken, denn der Verkehr mit diesen gerade erlangte eine hohe Wichtigkeit für Rom.**

Eine eigenthümliche Mittelstellung zwischen den *cives Romani* und *peregrini* nahmen, seitdem der latinische Bund (i. J. 338) aufgehoben worden, und Rom nur mit einzelnen latinischen Städten in ein neues (sehr mannichfaltig geartetes) Bündniß getreten war, die Genossen dieser einzelnen *foedera* und der latinischen Colonien ein: indem ihnen das *conubium* und *commercium* mit Rom gelassen wurde, erschienen sie fast wie *cives sine suffragio,* aber ihre eigne politische Organisation und Justizverfassung stellte sie neben die Peregrinen. Hieraus bildete sich die Vorstellung einer besonderen Kategorie der Röm. Staatsangehörigkeit (*latini coloniarii*).†

Bürger einiger neu unterworfenen Ortschaften, so die abtrünnigen Senatoren von Velitrae und von Privernum, wurden zur Strafe zu civitätlosen Unterthanen gemacht und auf das jenseitige Tiberufer inter-

*) s. Excurse zu diesem Kap. No. II. **) s. Excurse zu § 123—130. No. V.
†) s. unten § 190.

nirt i. J. 338 u. 329 (Liv. 8, 12—14. 20.): sie sind wohl die ersten, auf welche die Bezeichnung *dediticii* im späteren engen, d. h. künstlich staatsrechtlichen Sinn Anwendung leiden konnte.[8]

In demselben Maße, als die Clientel verschwand, der Luxus und die Gutswirthschaft stiegen, und die Römer mit nicht verwandten barbarischen Völkern kriegerisch zusammentrafen, wuchs der Sklavenstand.* Schon im J. 419 drohte eine Sklavenverschwörung (Liv. 4, 45), hinter welcher aber vielleicht noch eine nationale Bewegung verborgen war. Nach der Eroberung Veji's (396 v. Chr.) wurde dessen gesammte Einwohnerschaft in die Sklaverei verkauft (Liv. 5, 22); die *Lex Licinia Sextia de modo agri et pecoris* (367 v. Chr.), welche die Reihe der socialistischen Gesetze eröffnete, war veranlaßt vorzuschreiben, daß neben den Sklaven auch eine Anzahl freier Arbeiter beschäftigt werden sollte; die erste den Reichen geltende Röm. Steuer war eine Abgabe von 5 Procent des Sklavenwerthes, welche im J. 357 auf Freilassungen gelegt wurde.[9]

§ **122**] Mit der Ausbildung des Gedankens, daß die Sklaven Menschen ohne *caput* oder Persönlichkeit seien, war die weitere Abstraction vorbereitet und erleichtert, daß es auch Personen ohne leibliche Individualität (*personae incorporales!*) geben könne. Zu dieser Abstraction gelangte die Röm. Rechtsanschauung vom religiösen Gebiete aus, indem das verfügbare öffentliche Gut, welches vordem als Besitzthum des Staatsgottes (*sacrarium*) gedacht worden, nun als eigentlicher Staatsschatz (*aerarium populi*), das Besitzthum der verschiedenen Priestercollegien und der mancherlei gewerblichen Genossenschaften (*collegia et sodalitia*), welche ihr Vermögen ursprünglich auf ihre Specialgottheit und den Sacralcult bezogen hatten, nun als Vermögen der Genossenschaft selbst behandelt wurde. Wie der *populus Romanus* hiernach als lebendige Einheit, als individuelles Wesen angesehen und zum Träger einer Vermögenssphäre gemacht wurde, so wurden auch andere Genossenschaften als Personen anerkannt (*corpus habere concessum*), und es lag nahe, diese Idee von der Röm. *respublica* dann auf italische Gemeinden (*civitates, municipia*) zu übertragen, welchen beim Eintritt in den Röm. Staatskreis ihre eigene Vermögenssphäre verblieb.[10] Sie alle standen als Vermögensträger den Privatpersonen gleich; in ihnen waren Vermögenskreise ohne leibliche Individualität gesetzt und folglich die völlige Ablösung des Vermögens vom menschlichen *caput* vollzogen. Für Vermögen in diesem abstracten Sinn eignete sich der Ausdruck „*familia*“ nicht mehr,** er ward durch „*bona*“ und bez. „*pecunia*“ ersetzt. Allerdings konnte beim Census schon vor Alters Person (z. B. *filiusfamilias*) und Vermögen (*aerarius, vidua, furiosus*) gesondert in Betracht kommen, damit war die Sonderung noch nicht als allgemeines Princip ausgesprochen,[11] aber es mag der Census mit beigetragen haben zur allmählichen Sonderung.

---

*) s. unten § 123. **) s. oben § 119 a. E.

Nachdem in dieser Weise die begriffliche Differenz von Person und Mensch gegeben war, mußten auch Person und Vermögen sich in der Rechtsanschauung von einander lösen, und wenn je die *Manus* die Bedeutung der absoluten und generellen Privatrechtsherrschaft gehabt hat,* so muß sie diese jetzt verloren haben; das Vermögen konnte nicht mehr als gliedliche Pertinenz und organisches Stück des Herrn erscheinen, und das abgezogene Vermögen begann nunmehr, sich gleichsam in sich selbst zu gliedern. Der Ausdruck *manus* zog sich auf den Begriff der ehemännlichen Gewalt zurück, und für die verschiedenen Arten des Vermögensrechts konnten nun allmählich getrennte technische Ausdrücke in der Rechtssprache hervortreten.

Literatur: 1) Lange Alterth. II. S. 429. — 2) Ders. I. S. 405. 407. 439. 446. II. S. 428. — 3) Ders. I. S. 449. II. S. 69. — 4) Ders. I. S. 433—5. II. S. 72—74. 5) Vergl. Th. Mommsen in Sybel's histor. Zeitschr. I. (1859) S. 332. — 6) Lange Alterth. I. S. 406. 439. 446—8. 452. II. S. 56. — 7) Ders. I. S. 447. — 8) Ders. I. S. 57. 58. Voigt d. *jus naturale* und *gentium* d. Römer, II. S. 496. 499. — 9) Mommsen Röm. Gesch. I. S. 298. 304. 446. 450. 451. — 10) Dirksen Civilist. Abhandl. II. (1820) S. 1 ff. Mommsen *De collegiis et sodalitiis Romanorum* (1843). C. Hegel Gesch. d. Städteverfass. v. Italien, I. S. 6. 37. — 11) wie Em. Hoffmann i. d. Zeitschr. f. österr. Gymnas. 1866. S. 600 meint.

XVII. Kapitel.

V. Privatsphäre (res).

§ **123**] Der Uebergang von gewohnheitsrechtlicher Uebung zu gesetzgeberischer Formulirung ist éin Fortschritt in der Rechtsbildung, welcher nicht wohl ohne einen erheblichen Aufschwung der Rechtsanschauung geschehen kann. In dieser Periode macht sich der Rechtssinn der Römer frei von der naïven Sinnlichkeit und bäuerlichen Schwerfälligkeit des früheren Verkehrswesens und bringt einige Bewegung in das starre *jus strictum*. Der Verkehr entfaltet sich, indem er sich civilisirt und mobilisirt, und die ersten Symptome dieser Entfaltung zeigen sich in der wachsenden Verkehrsbedeutung zweier Gattungen von Werthobjecten: der Sklaven** und des Geldes.† Auf sie mochte wohl namentlich seit der *Lex Licinia Sextia* (367), welche den Besitz von *agri* und *pecudes* über ein gewisses Maß hinaus bestrafte, der Erwerbsinn der wohlhabenden Römer gelenkt seyn.

Im Sklavenbesitz löste sich gewissermaßen das Mobiliarvermögen ab vom Grundbesitz, denn da Sklaven zu den verschiedenartigsten Lebenszwecken gebraucht werden konnten, so war ihr Besitz weniger durch ein gewisses Maß Grundbesitz bedingt, als der Besitz anderer *res mancipi* (*armentum jumentumque*); sie wurden ein Hauptbestandtheil des Privatvermögens neben den Grundstücken und bald Hauptrepräsentanten des ganzen Kreises der *res mancipi*: vielleicht aus diesem Grunde hat sich die Bezeichnung *mancipium* auf die Sklaven fixirt.

---

*) s. die Excurse zu § 87—92. a. E. **) s. oben § 121. a. E.
†) vergl. Excurse zu § 193—199. No. I.

Seit der Zeit der Decemvirn hatte Rom sein eignes gemünztes Kupfergeld[1]: nun erst konnte die *pecunia numerata* in den Verkehr wahrhaft umgestaltend eindringen und denselben aus der Enge des Tauschsystems in die Geldwirthschaft, deren juristischer Ausdruck der auf dem Gegensatz von *merx* und *pretium* beruhende Kaufbegriff ist, überleiten. Die Herrschaft des Geldes, welches ja die künstlichste und feinste Gattung mobiler Sachwerthe ist, und als solche sich neben und über den Kreis sämmtlicher Naturalwerthe stellt, enthält insofern eine Vergeistigung des Gebiets der Rechtsobjecte und drängt unausbleiblich zur juristischen Verinnerlichung des Verkehrsrechts. Dieser Aufschwung des Rechtssinns gehört zum Gepräge der 2. Periode.

§ **124**] Die wachsende Bedeutung der *pecunia numerata* dürfte außerdem zu folgender Metamorphose der Rechtsanschauung den Anlaß gegeben haben. Ist es richtig, daß anfänglich der Begriff des vollkommnen Privatrechts (*jus Quiritium*, quiritarisches Eigenthum) nur an *res mancipi*, als anerkannten Bestandtheilen der *familia* im alten publicistischen Sinn, entwickelt war*: so mußte nun eine Erweiterung des juristischen Horizontes dahin erfolgen, daß auch andere Sachen (von Werth) der Anwendung jenes Begriffs würdig erfunden und dadurch in das Gebiet der Rechtsobjecte im vollen Römischen Sinn erhoben wurden. Noch war die Zeit nicht da, wo die Römer sich gewöhnten, in der *pecunia* (*numerata*) den Schwerpunkt und die vollkommenste Form des Vermögens überhaupt zu erkennen;** allein es ist in dem Kupfergeld dieser Periode die geheime Potenz zu vermuthen, wodurch die *res nec mancipi*, deren Hauptvertreter an Stelle der *pecudum greges* jetzt die *nummi percussi* wurden, zu wahren Eigenthumsobjecten gestempelt und nun alle Stücke des *patrimonium* in dem Ausdruck *bona*† zusammengefaßt wurden. In solcher Ausdehnung des Eigenthumsgebiets lag eine bedeutsame Abstraction des Eigenthumsbegriffs, und diese war eine Erweiterung des Rahmens des *jus strictum* ohne einen Bruch desselben. Die *res nec mancipi* waren unter den Rechtsobjecten gewesen, was die stimmlosen Proletarier unter den Rechtssubjecten oder Bürgern, aber auch wie diese dann zum Centuriensystem zugelassen und die plebejischen Concionen zu Comitien wurden, so kamen nun die proletarierartigen *res nec mancipi* mit auf das juristische Conto und zur Anerkennung als quiritarische Eigenthumsobjecte.

Ob diese Abstraction bereits in den XII Tafeln enthalten sei? Jedenfalls war sie da vorbereitet, denn mit der Anerkennung der *in jure cessio* und der *usucapio*, welche vermöge ihres Karakters auf Sachen ohne Unterschied anwendbar waren, scheint die Anwendung des *jus Quiritium* auf *res nec mancipi* stillschweigend gesetzt.

§ **125**] Mit der Entfaltung des städtischen Verkehrs mußte der städtische Grundbesitz an Bedeutung zunehmen und zugleich in rasche-

---

*) s. Excurse zu § 87—92. No. III. u. IV. **) s. unten § 193. †) s. § 122.

ren Wechsel gerathen, welchem der zerbröckelnde Damm der *Sacra* immer weniger mehr zu widerstehen vermochte; aber ein geordnetes Nachbarschaftsleben in der Stadt ist immer vielfach bedingt durch Ineinandergreifen der Baulichkeitsphären (s. z. B. *fr. 11. pr. D. de serv. pr. urb. 8, 2*), und besonders mag der Wiederaufbau Rom's nach dem Gallischen Brand Intentionen dieser Art lebhaft angeregt haben. Es mußte daher das Institut der *Servitutes urbanae* sich ausbilden und aus der Combination der Rusticalservituten mit den *urbanae* eine freiere Abstraction des Servitutbegriffs erblühen, welche den Blick in ein neues Reich von Rechtsverhältnissen, der von den Römern s. g. *res incorporales*, erschloß. Von diesen waren die Rusticalservituten entschieden älteren Datums, denn das landwirthschaftliche Interesse geht historisch immer dem städtischen voraus, und jene wurden, einzig unter allen Arten Servituten, zu den *res mancipi* gerechnet: allein auch von den Rusticalservituten dürfte anzunehmen seyn, daß sie erst jetzt sich mehrten und bestimmter ausprägten, als der Grundbesitz sich zu parcelliren und zu mobilisiren begann, denn auf größeren Gütern ist seltner Bedürfniß einer wirthschaftlichen Ergänzung durch Nachbargüter.

Servituten sind *res incorporales*, insofern sie Machtverhältnisse ohne eine adäquate Außenseite oder sinnliche Darstellbarkeit sind — denn nur das Eigenthum deckt sich im Besitz sinnlich mit seinem Object,[2] — aber dinglicher Art sind sie doch insofern, als sie körperliche Vermögensstücke zum unmittelbaren Object haben. Im vollen Sinn können nur die Obligationen als *res incorporales* bezeichnet werden, da diese überhaupt kein Stück der Außenwelt, sondern das Gebiet und gleichsam einzelne (psychologisch isolirte und individualisirte) Wellen, Strömungen oder Stücke des menschlichen Willens zum Object haben. Es ist daher karakteristisch für die 2. Periode und drückt geradezu deren Höhepunkt aus, daß nun auch die Idee der *Obligatio* zu reiner Darstellung gelangte. Das geschah durch ein Gesetz, welches immer fast nur von seiner frappanteren socialistischen Seite, als ein Act der Menschlichkeit und etwa als ein Fortschritt im Proceßwesen* angesehen worden ist: die *lex Poetelia* (i. J. 326? oder 313?). Dieselbe ist aber vor Allem auch ein Act juristischer Civilisirung oder civilistischer Abstraction und ein Fortschritt des materiellen Rechts; sie zerbrach nicht bloß die socialistische Zwingburg der Patricier, sondern enthüllte die Gestalt der *Obligatio* und läuterte damit zugleich den Begriff des „Vermögens", indem sie die Macht des Gläubigers vom *corpus debitoris* auf dessen *bona* übertrug, also die noch an das körperhafte Eigenthumsverhältniß erinnernde physische Hülle abstreifte und die psychische Natur der *Obligatio* zur vollen Geltung brachte.

Der Anerkennung von *personae incorporales*** entspricht diese Anerkennung oder Ausbildung von *res incorporales* (*fr. 1. § 1. D. de div.*

*) s. unten § 147. **) s. oben § 122.

rer. 1, 8; fr. 6. pr. D. de V. S.) und dem Aufblühen der Geldwirthschaft die Reifung der Obligationsidee, denn immer haben Geld und Obligation sich als verwandte und parallel gehende Größen erwiesen. Oben (§ 123) sind Sklaven und Geld zusammen genannt worden: dieselbe Bedeutung, welche die *res mancipi*, und vielleicht vornehmlich die Sklaven, für die Ausbildung des Eigenthums hatten, haben die *res nec mancipi* und vor Allen das Geld, für die Ausbildung der Obligation gehabt. Die Geschichte des Geldes ist in gewisser Hinsicht zugleich die Geschichte der Obligation.

§ **126**] Die Rechtsgeschäfte sind die Bewegungsformen der Privatrechte. Sie trugen in der 1. Periode ein langfaltiges, feierliches, schweres Gewand, das Gewand volksthümlicher überlieferter Solennität; das *jus strictum* war zugleich ein *jus solenne* (*fr. 27.* u. *183. D. de R. J.*), einfache und karge Ideen in complicirten Formen enthaltend. Diese *solennitas* nun erfährt in der 2. Periode eine Abschwächung, welche dem Geiste innerlicher Verfeinerung* wohl entspricht. Die Abschwächung aber zeigte sich hauptsächlich darin, daß das Wort zur vollen Geltung neben und über der Handlung und Geste kam. Mit Unrecht ist behauptet worden,[3] daß im Anfang der Rechtsgeschichte das Wort stehe, und mit der Herrschaft und dem Cult desselben der Rechtssinn immer seine Laufbahn beginne; richtiger dürfte die andere Behauptung seyn, daß das Leben so wenig der Symbole entbehren kann, als die Sprache der Bilder, und am meisten gilt das von den Kindern unter den Individuen und Völkern, welche in der Welt der Sinnlichkeit erst lange herumtasten, bevor sie in der Welt der Worte und Gedanken heimisch werden; der Ritus ist ein Bild, ausgedrückt in einer Handlung, und die sinnliche Handlung steht dem naiven Leben näher als das spirituelle Wort, dessen praktische Verwerthung im großen Styl feierlicher Rede durch eine gewisse Abstraction des Denkens und Entwicklung des Sprachbaues bedingt ist. Darum liebt das ursprüngliche Rechtsleben so sehr das dramatische *gerere*, und erst allmählich gelangt die Sprache zu hervorragender und bez. ausschließlicher Bedeutung neben der Handlung und anstatt derselben. Wir dürfen annehmen, daß dies zu Rom in der nämlichen Periode geschehen sei, in welcher die Stadt ihre Kupferbarren zu münzen und ihre rechtschöpferischen Ideen in gesetzgeberischen Worten auszuprägen begann,** und vielleicht auch, daß es die *Pontifices* waren, welche auf Grund der *legis verba* die *verborum figurae* im rechtsgeschäftlichen Gebrauch entwickelten, und den „Wortcultus" schufen. In ihm zeigt sich eine Vergeistigung der Rechtsacte und der Uebergang zu dem System „unkörperlicher" *negotia juris*, denn die *verborum figura* ist der auf einen Hauch reducirte Rechtskörper, der nun überhaupt wenig Sinnliches mehr zu verlieren hat. Rom hat dem *Ajus Locutius* erst i. J. 387 v. Chr. einen Tempel errichtet (Liv. 5, 50. 52).

---

*) s. oben § 123. a. E.

**) s. oben § 113 u. 123.

§ 127] Zunächst sehen wir bei dem *gerere per aes et libram* das Wort zum hellen Durchbruch kommen: *Uti nuncupassit, ita jus esto!* Durch Anerkennung dieser *nuncupatio* eröffneten die XII Taff. dem *mancipium* und *nexum faciens* die Möglichkeit, individuelle Modalitäten rechtlich anzubringen, sich gewisse Eventualitäten zu sichern, besondere Befugnisse vorzubehalten, kurz die geschäftliche Intention innerhalb gewisser Grenzen zu articuliren. Die XII Taff. lösten hierdurch dem kindlichen Rechtssinn die Zunge, der juristische Accent ging nun mehr und mehr von der Hand auf den Mund über, und in demselben Maß gelangte man zu elastischer Organisation des Geschäftskörpers; mit jener Anerkennung war z. B. ein Vorbehalt des *ususfructus*, also eine *deductio* (*fragm. Vatic. § 50*) oder überhaupt irgend welche *receptio servitutis* (*fr. 3. 5. D. comm. praed. 8, 4*), und vielleicht mancher andere Zusatz zur *lex contractus* behufs näherer Bestimmung, Erweiterung oder Begrenzung des Objects erleichtert.[4] — Daß die (einfache) *stipulatio* den XII Taff. noch völlig unbekannt gewesen, müssen wir schließen, weil keine Spur ihres Vorkommens in denselben übrig geblieben ist; Cicero (*de offic. 3, 31*) bemerkt: *Nullum vinculum ad adstringendam fidem jurejurando majores artius esse voluerunt: id indicant leges in XII tabulis;* allein nach und nach mußte die alte feierliche *sponsio ad aram maximam* in die gewöhnliche *promissio jurata*,[5] profane *confessio in jure*, einfache *stipulatio* (*condictio*) unter Privaten* übergehen. Die solenne, ursprünglich wohl auch sacrale, Eigenthumsbegabung gestaltete sich zur *in jure cessio*, welche jedenfalls seit Errichtung der Prätur ohne wesentliche Assistenz des Pontifex verlief und also nunmehr rein weltlichen Gepräges war, den Schwerpunkt nicht mehr in dem sacralen Ritus, sondern in der juristischen Wortfassung habend.

Endlich ist wichtig, daß auch das Hauptstück des Rechtsgeschäfts *per aes et libram* zu freierer Benutzung eingerichtet ward, indem die Sitte zur Geltung kam, *dicis gratia* den Verkauf der Sache, den Selbstverkauf des Schuldners vorzunehmen: hierdurch war die Möglichkeit gegeben, ohne wirkliches *pretium* eine Sache zu veräußern, eine Person zu obligiren, also durch *mancipatio* und *nexum* eine Sache und Forderung unter irgend welchem beliebigen Titel (*causa onerosa* jeder Art, *lucrativa etc.*) zu erwerben, und folglich waren *mancipatio* und *nexum*, gleich der *in jure cessio* und *sponsio*, abstracte Dispositionsacte geworden, wodurch quiritisches Eigenthum und ächte Geldforderung erworben werden konnten. Diese formalistische Kunstanwendung der *mancipatio* und *nexi obligatio* (als s. g. *imaginaria emtio*) ist jedenfalls ein Werk der *Pontifices*, welche einen Anhalt dafür in den XII Taff. gehabt hätten, wenn in § 41. *J. de rer. div.* (*2, 1*) der angebliche Satz jener Gesetzgebung genau referirt wäre; wahrscheinlich besagte derselbe, daß *traditio* ohne Preiszuwägung, d. h. ohne *mancipatio*, nicht

---

*) s. unten § 130.

Eigenthum übertragen sollte, daß aber statt reeller Preisleistung auch anderweite Befriedigung (natürlich verbunden mit *raudusculum*) genügen solle: solchenfalls wäre die *imaginaria emtio* schon von den XII Taff. anerkannt gewesen. Ja, wenn die Vermuthung sich noch weiter wagen dürfte, so möchte man annehmen, daß gerade in der feierlichen Anerkennung der *nuncupatio* die Idee der *imaginaria emtio* enthalten seyn mußte, denn namentlich da war ein Specialisiren der *lex contractus* Bedürfniß, wo das *pretium* bloß nominell und darum in ihm kein objectiver Anhalt zur Umgrenzung der *Obligatio nexi* gegeben war. Daß dies aber schon vor der Zeit der XII Taff. geschehen sei, läßt sich nicht annehmen: der alte technische Ausdruck *nummo uno vendere* für „*dicis gratia*“ deutet auf die Zeit der geprägten Münze.

§ **128**] Rechtsacte ohne jedwede bestimmte Form dürften übrigens dem Geiste dieser Zeit noch zuwider gewesen seyn: die Abschwächung der Form liebend, würde derselbe doch deren völlige Beseitigung als eine Einbuße und Gefahr empfunden haben. Die Form aber verlangte unbedingte Einheit des Actes und eigenes Auftreten der Parteien, weshalb Stellvertretung noch unzulässig war.[6] — Dem System entspricht das Princip des *contrarius actus* betreffs der Aufhebung von Rechtsverhältnissen: *prout quidque contractum est, ita et solvi debet* (*Pomp. in fr. 80. D. de solut. 46, 3*; *Gai. in fr. 100. D. de R. J.* und *Ulp.* in *fr. 35. eod.*), denn die in das Umgekehrte übersetzte Begründungsform ist die der einfachen Rechtslogik und Rechtsökonomie zugleich entsprechende, sowie das Solennitätsbedürfniß auf natürlichstem Wege befriedigende Aufhebungsform — *diffarreatio, nexi solutio, acceptilatio per literas* und *per verba*, — und wir sind nicht berechtigt, daneben andere Tilgungsgründe zu interpoliren; der formlose Act des Zahlens konnte daher bloß Motiv der Liberation, nicht Liberationsact selbst seyn.

Nur an Einem Punkte erblicken wir den durchbrechenden Muth der Formlosigkeit: in der *usucapio*, über welche schon die XII Taff. eine Anzahl theils positiver (*annua perseveratio: Gell. 3, 2; Gai. 1, 111;* und *usucapio rerum* in *tab. VI.*), theils prohibitiver Vorschriften (*res mancipi* unter Agnatentutel befindlicher Frauenspersonen, *fines praediorum, res furtivae, forum sepulchri bustumve* in *tab. V. VII. VIII. X.*) enthielten. Diese Anerkennung des *usus* als Begründung ächter Ehe und ächten Eigens war gewiß eine (der hellenischen Praxis abgelauschte?) Neuerung der Decemvirn, vielleicht die Indifferenzform unter Patriciern (welche *aes et libra* hier verschmähten) und Plebejern (welchen *sponsio* und *confarreatio* noch ungeläufig war). Die *annua perseveratio* oder *possessio* kam auch in Betracht, wenn etwa ein Formmangel bei der Begründung oder keine Verständigung über die Wahl der einen oder anderen (sacralen oder profanen) Solennität stattgefunden hatte. Ununterbrochenheit des Hausstandes, Unangefochtenheit des Besitzstandes während des *tempus legitimum* konnte wohl als Surrogat einer Begründungssolennität erscheinen, immerhin machte das Princip des *usus*

einen Riß in das alte System und drohte den spröden Rahmen zu sprengen, denn es war von da nur noch ein Schritt zur Anerkennung des formlosen Ehebundes (*matrimonium liberum*) und des formlosen Vertrags (*traditio, conventio*).* Für den Verkehr ergänzte die *usucapio* das beschränkte System der Erwerbsacte, so daß sie eine erhebliche practische Bedeutung erlangen mußte: so ist es erklärlich, daß Appius Claudius Caecus ein Buch *de usurpationibus*[7] abfaßte (s. *fr. 2. § 37. D. de O. J. 1, 2*).

§ **129**] Der Haus- oder Besitzstand vor Vollendung der Ersitzungsfrist war ein schwebendes Recht, ein juristischer Werdeproceß; daß aber die Idee eines solchen Schwebezustandes schon dieser Zeit, ja den XII Taff. nicht fremd war, zeigt einmal das *testamentum per aes et libram*, welches nur eine widerrufliche und zukünftige Uebertragung der *familia* bewirkte, und sodann der Satz der XII Taff. (*tab. VI?*), wonach die Herausgabe fremden eingebauten Materials (*tignum junctum*) während des Bestehens des Gebäudes nicht gefordert werden durfte, und mithin das fremde Eigenthum bis zum Abbruch suspendirt (*dormiens, latens, jacens!*) blieb: s. Gai. in *fr. 7. § 10. D. de rer. dom. 41, 1;* durch Abbruch frei werdende Materialien wurden in der bei der Verpachtung öffentlicher Gebäude den Quinquennalpächtern (*aedium tuendarum causa*) vorgelegten *lex Censoria „rediviva“* genannt. Wir können darin eine Art Vorläufer des Suspensionszustandes erblicken, welcher im *jus postliminii* (*personarum* und *rerum*) eine so interessante Ausbildung nachher gefunden hat. Solche Katastrophen, wie sie die Einfälle erst des Brennus und später des Pyrrhus begleiteten, müssen doch gewaltig in das ganze innere Seyn und Wesen der Römer eingegriffen haben: die Frage des *postliminium* trat hier mit der vollen Wucht großer practischer Nationalerlebnisse an die Röm. Rechtsanschauung heran, und es ist wohl kaum zu viel gewagt, wenn wir in den Grundlinien des Kunstbaus des *postliminium* mit dem Bilde des *civis redivivus* (d. h. *ex captivitate quasi ex orco regressus*) die organisirende Hand der *Pontifices* zu erkennen meinen. Jenen Zeiten, welche Männer wie Furius Camillus und Claudius Caecus** geboren hatten, konnte auch die Idee des *postliminium* entspringen, welches dann als eine Röm. Elementarfigur zum Prototyp aller juristischen Schlummer- und Spannungszustände oder Bedingungsverhältnisse wurde (s. Marcian in *fr. 5. § 1., fr. 6. pr. D. de div. rer. 1, 8*). Bedingungen bei Rechtsgeschäften, die aus freiem Willen der Parteien selbst hervorgingen, erschienen damals noch nicht als zulässig: *actus legitimi in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem* (Papin. in *fr. 77. D. de R. J.*).[8]

§ **130**] Dagegen bemerken wir jetzt schon Ansätze zu einem freieren System von Rechtsgeschäften: in gewissen noch dem *jus strictum* beigezählten, später aber (gleich dem *jus postliminii*) theilweise zu-

---

*) s. unten § 194. 196.

**) s. Excurse zu § 97—102. No. II.

gleich unter den Gesichtspunkt des *jus gentium* gerückten Rechtsgeschäften.* In diese Gruppe des neueren *jus strictum* gehören die *stipulatio*** mit ihren Auszweigungen der *fidepromissio*, *fidejussio* und *adstipulatio* (*lex Aquilia* v. J. 287? *c.* 2), die *expensilatio* und das *mutuum*. Offenbar sind diese das Ergebniß einer Mischung nationalröm. und hellenistischer Verkehrsanschauungen, welche namentlich seit Unterwerfung Campaniens erfolgte und als die Introduction zu der späteren Massenreception des *jus gentium* gelten kann.

Die *stipulatio* und die *expensilatio* mögen genetisch nicht gar weit auseinanderliegen: auf ihren Zusammenhang deutet das Wort *acceptilatio*, welches beiden gemeinsam war und nur später erst speciell von der *stipulatio* gesagt wurde, und sodann der Umstand, daß die *sponsio*, bez. *promissio* namentlich für Bürgschaftszwecke, und die wahrscheinlich älteste Art der *expensilatio*, die *transscriptio a persona in personam*, als privative Intercession benutzt wurden. Die *stipulatio* ging nicht, wie v. Savigny meint, aus dem *nexum*, sondern offenbar aus der *sponsio* hervor: dies wird durch die älteste und nationalrömisch gebliebene Stipulationsformel (*Spondeo*), sowie durch die älteste bürgschaftliche Adpromissionsform (*Sponsio*) bewiesen. Dagegen könnte mit dem *Nexum* die Entstehung der *expensilatio*, wenigstens der *transscriptio a re in personam* zusammenhängen, denn es lag nahe, nach Abschaffung der strengen vertragsmäßigen Personalcaptur an Stelle der umständlichen und gröbern Handlung *per aes et libram* die bequemere und verschwiegenere Schriftform *per codices* treten zu lassen, in welche sich also das *nexum*, namentlich in seiner Anwendung als imaginäre *emtio*, gleichsam verlor. Es wäre damit das *gerere per libram* in ein feineres *gerere* (*per tabulas*: *scribere*), das reelle *expendere* in ein schriftliches *expensum ferre* übergegangen.[9] Die Brauchbarkeit der *expensilatio* für Vertragsschlüsse *inter absentes* sicherte ihr die practische Geltung neben der noch einfacheren *stipulatio*, welche immer auf *praesentes* beschränkt bleiben mußte. Aus den Trümmern des *nexum* aber ging (neben der *transscriptio a re*) gewiß das *mutuum* hervor, dieser eigenthümliche Contract mit seinem Januskopf, dessen *certi condictio* und Formmangel die nach rückwärts und nach vorwärts gekehrten Gesichter sind; im *mutuum* waltet der vereinfachte Geist des alten *nexum* und zwar in dessen Anwendung als reeller *emtio* fort, wie vielleicht daraus mit geschlossen werden darf, daß im Fall reeller *numeratio* nicht eine *literarum obligatio*, sondern einfaches *mutuum* und *chirographum* (*nomen arcarium*) entstand (Gai. 3, 131).

Es hat etwas für sich, wenn man speciell die *stipulatio* mit latinischen, die *expensilatio* mit campanischen, das *mutuum*[10] gar mit sicilischen Einflüssen (*Varro de L. L. IV, 1, 36*) in Verbindung bringt. Die ersteren zwei zeigen uns eine Abschwächung der Form, das letzte eine Abstreifung aller Form: der natürliche, gleichsam handgreifliche Vor-

---

*) s. Excurse zu diesem Kap. No. I. **) s. oben § 127.

gang der *numeratio* schien hier ausreichend. Die *sponsio* und *expensilatio* waren offenbar auf Geld beschränkt, die *stipulatio* ward (durch die *lex Calpurnia?*) auf andere Fungibilien ausgedehnt, dem *mutuum* aber scheint diese Allgemeinheit von Anfang an eigen gewesen zu seyn. In allen drei Geschäften, besonders dem *mutuum*, erkennen wir die sichtliche Consequenz aus der Anerkennung ächten Eigenthums an *res nec mancipi*, welche hier ja vorzugsweise in Frage kommen und in der *mutui datio* unmittelbar als wahre Eigenthumsobjecte zur Geltung gelangen mußten.

§ **131**] Das Erbsystem der 2. Periode war noch äußerst einfach, obschon zwei Grundprincipien erbrechtlicher Gestaltung neben einander standen: das Familienprincip und das reine Privatprincip. Jenes war das ältere und in der patricischen Rechtsordnung (*heredium!*) begründet und herrschend gewesene, dieses das künstlichere, freiere, jüngere und wohl durch plebejische Impulse geförderte. Jenes ließ die Intestaterbfolge, dieses die testamentarische Erbfolge als den Normalfall erscheinen: in den XII Taff. mögen diese Principien in ein gewisses Gleichgewicht gekommen seyn, doch so, daß das letztere mehr in den Vordergrund trat. Es ward jetzt Regel, daß der Erblasser sich hatte testamentarisch vernehmen lassen, und durch sein *supremum judicium* seinen *bona* die *lex* ertheilte. Sein letzter Wille galt rechtlich als unbeschränkt, in ihm gipfelte das Bewußtseyn souveräner Privatmacht, und nur die Autorität der Sitte und der Druck des öffentlichen Urtheils beschränkten ihn indirect, da er den öffentlichen, Aller Augen und Ohren ausgesetzten Act vollzog. Wer möchte da Hauskinder oder Gattin zu enterben gewagt haben außer zur Strafe und im Bewußtseyn familienobrigkeitlichen Berufs?

Vor den XII Tafeln war wohl nur das *testamentum calatis comitiis* und *in procinctu conditum* — jenes das ordentliche und feierliche, dieses das abnorme militärische — anerkannt, denn noch in den XII Tafeln geschah, soviel wir wissen, der Mancipation in testamentarischer Anwendbarkeit keine Erwähnung. Erst nachdem die Pontificaldisciplin *dicis gratia* Mancipationen zugelassen hatte, konnte ihre Anwendung auf letzte Willen gewagt werden: die Mancipation trug in dieser Anwendung von vornherein ein künstliches und imaginäres Gepräge, und hier zuerst trat in der *familiae emtio* der Begriff der Universalsuccession in voller Reinheit und Energie hervor.

In Ermangelung eines wirksamen Testaments fiel die Erbschaft kraft Gesetzes (*ex lege XII tabularum*) an die in der unmittelbaren *potestas* und bez. *manus* des *defunctus* befindlich gewesenen, welche die Erbschaft mit Nothwendigkeit und von selbst erwarben; fehlte es an solchen s. g. *sui heredes*, so ward unter den Agnaten (*voluntarii heredes*) der dem Grade nach Nächste berufen; trat dieser aber die angetragene Erbschaft nicht an, so war dieselbe vacant, und jeder Agnat, Cognat oder Extraneer konnte sich die Vortheile der *usucapio hereditatis* verschaffen, wenn er in der factischen Lage zuvorkommender Besitzergrei-

fung war; gewöhnlich mögen in dieser Lage die näheren Anverwandten gewesen seyn. Nur in Ermangelung von Agnaten erging die Berufung an den Kreis der Gentilen.

Von einer Beerbung gewaltunterthäniger Personen, also namentlich der Kinder und der Gattin, konnte nicht die Rede seyn, da dieselben überhaupt kein eignes Vermögen hatten.

Literatur: 1) Mommsen Ueb. d. Röm. Münzwesen, in den Abhandl. der philol.-histor. Classe d. Sächs. Gesellsch. d. Wiss. I. (1850), S. 173ff. 258. Marquardt R. Alterth. III. 2. S. 3. Lange R. Alterth. I. S. 424. 761. II. S. 110. — 2) Ihering Geist d. R. R. II. S. 466. — 3) Ders. II. S. 468. Dazu Girtanner d. Stipulation S. 95ff. — 4) Ihering II. S. 575. III. S. 135. — 5) Danz d. sacrale Schutz im Röm. Rechtsverkehr (1857) S. 105ff. — 6) Ihering III. S. 144. 166. — 7) Vergl. jedoch Sanio Varroniana i. d. Schriften Röm. Juristen (1867) S. 142—7. — 8) Ihering III. S. 152. 157. 160. — 9) Vergl. meine Ausführung in Schletter's Jahrb. V. S. 216ff. — 10) Voigt d. *jus naturale* d. Römer II. § 33. 34. Mommsen R. Gesch. I. S. 158. v. Bethmann Hollw. R. Civ.-Proc. I. S. 150. II. S. 15. Anm. 15. Dagegen Demelius in Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 219. —

XVIII. Kapitel.

VI. Rechtspflege.

§ 132] I. Allgemeiner Karakter des Civilprocesses dieser Zeit. Wir wenden uns von den Medien zu den Remedien des Privatverkehrs. Viele Arten von Rechtsbrüchen wurden auch jetzt noch dem Privatinteresse zur Verfolgung überlassen und demgemäß in der Form des Civilprocesses erledigt, z. B. Diebstahl und Raub; wo, wie bei politischen Verbrechen (*parricidium*, *perduellio*) der Gesichtspunkt krimineller Staatsgefährlichkeit zur Geltung gekommen war, trat ein Verfahren ein, dessen Form sich völlig unabhängig vom Civilproceß entwickelte.*

In der gegenwärtigen Periode ist der Civilproceß zu einem durchaus selbständigen und von den geschäftlichen Rechtsformen abgelösten System eigenthümlicher Gerichtsformen ausgebildet.** Für diese Formation bleibt der alte Ausdruck „*legis actio*“ (*judicium legitimum*) specifisch, und hiernach wird die älteste Form des Röm. Civilprocesses insgemein als Legisactionen-Proceß bezeichnet.

Derselbe ist der eigentliche und reinste Ausdruck des nationalen Geistes der Römerwelt: die *legis actiones* sind das *jus strictum* in seiner Anwendung auf den Civilproceß. Wie die Formen des *commercium*, so waren auch die Formen des *judicium* durch Rechtsnormen schematisch fixirt (daher der Ausdruck: *per legitima verba agere*), aber innerhalb dieser gesetzlichen (bez. gewohnheitsrechtlichen: Gai. 4, 26) Kategorien[1] handelten die Interessenten selbständig; der Magistrat war lediglich Organ des Gesetzes und ohne proceßgestaltenden schöpferischen Einfluß dabei. Demgemäß fiel der Schwerpunkt der processualen Verhandlung in die eigene und freie Thätigkeit der Parteien,

*) Ueber den Criminalproceß dieser Zeit vergl. die Excurse zu diesem Kap. No. I.
**) s. oben § 94.

und dem Magistrat blieb nur eine beschränkte Rolle formalen Karakters übrig. Da nun die Form dieses Processes in feierlicher Mündlichkeit bestand, so ging die erforderliche *verborum solennitas* in der Hauptsache von den Parteien selbst aus, und der Magistrat dirigirte nicht eigentlich, sondern autorisirte vielmehr nur die Parteienthätigkeit, amtlichen Karakter dem Beginn der Verhandlung aufprägend. Es würde noch zu viel gesagt seyn, wenn man sein Einwirken dabei als eine Instruction des Processes bezeichnen wollte*: er assistirte nur (den Parteien) und beglaubigte (deren Handeln).

§ **133**] Dieser im Ganzen mehr privatrechtlichen, als publicistischen Art des Processes** entsprach es völlig, daß nicht der assistirende Magistrat, sondern Privatleute, d. h. Römische Bürger als Schöffen oder Urtheilsfinder, die sachliche Erörterung und Entscheidung der Streitfrage übernahmen, ganz nach Art compromissarischer Schiedsmänner; die Abwägung der beweisenden Umstände, von denen die Entscheidung abhängig, ist immer eine freie verstandesmäßige Thätigkeit des practisch gereiften Geistes, und bedarf daher an sich keineswegs einer obrigkeitlichen Amtsqualität. Demgemäß zerfiel der Röm. Civilproceß (*ordo judiciorum*)[2] regelmäßig in zwei streng geschiedene Stadien, welche kurz als *Jus* (Einleitungsverfahren vor dem Magistrat) und *Judicium* (Entscheidungsverfahren vor den Spruchrichtern) bezeichnet wurden. Hierzu kam, falls der verurtheilte Beklagte nicht freiwillig dem Richterspruch folgte, noch ein besonderes Zwangsverfahren, das Executionsstadium.

Uebrigens war es Regel, daß die Parteien selbst ihre Sache führten: processuale Stellvertretung würde in einer der alten Zeit unangemessenen und unverständlichen Weise den Streit nur verwickelt haben. Uebrigens war der Proceß eine unmittelbare Bezeugung der Persönlichkeit; wie hätte ein Stellvertreter den Weiheact der *provocatio* vollziehen mögen? Dem griechischen Drama gleich strebte so der Röm. Civilproceß, alle Ab- und Umwege vermeidend, seinem Ziele auf dem geradesten Wege unaufhaltsam zu. Von der Regel: *Nemo alieno nomine agere potest*, gab es nur zwei, bez. drei Ausnahmen: das *pro populo, libertatis causa agere* und das *agere* als *tutor* (*impuberis, mulieris*) oder *curator* (*puberis furiosi*). *Gai. 4, 82; Ulp. in fr. 123. pr. D. de R. J.* Aushülfe gewährten für andere Fälle des Verkehrsbedürfnisses die *adstipulatio* und *adpromissio*, wodurch die Füglichkeit, ein Schuldverhältniß im eignen Namen und doch für fremde Rechnung geltend zu machen, gegeben war.[3]

§ **134**] **II. Gerichtsverfassung.** Amt und Recht der Beglaubigung des Processes, sowie unter Umständen der Zwangsvollstreckung des Urtheils bildeten von jeher eine Prärogative der obersten Magistrate (Consuln, Consulartribunen, Dictator, Prätor, curulische Aedilen), seit Einsetzung der Prätur ganz besonders Sache des Prätors. Man nannte

---

*) s. unten § 213. **) Vergl. Excurse zu diesem Kap. No. II. und Cursus §. 213. 216.

dieses Ressort speciell *juris dictio* und rechnete dazu auch die s. g. freiwillige Gerichtsbarkeit (*jurisdictio voluntaria*), d. h. die Beglaubigung der unter Magistratsautorität zu errichtenden Rechtsgeschäfte (*res non contentiosae: Ulp. in fr. 1. D. de jurisdict. 2, 1*).

Die Competenz, d. h. Zuständigkeit der Proceßbehörden in dem einzelnen Streitfall anlangend, so gehörten vor die Röm. Magistrate alle Civilsachen Röm. Bürger (auf Röm. Boden und in den Colonien); diese hatten daher ihren Gerichtsstand kraft ihres Ursprungs (*forum originis*) in Rom selbst, wie die übrigen Italiker in ihrer Vaterstadt vor ihren Ortsobrigkeiten;[4] letztere erhielten durch ihre Einverleibung in den Röm. Staat ein zwiefaches *forum originis:* neben ihrer natürlichen eine künstliche Gerichtsheimat, daher Cicero (*de leg. 2, 2*) sagt: *omnibus municipibus duas censeo esse patrias, unam naturae (s. loci), alteram civitatis (s. juris);* dazu *Modest. in fr. 6. § 11. D. de excusat.* (*27, 1*) und *fr. 33. D. ad municip.* (*50, 1*)*: Roma communis nostra patria est.* Durch die concurrirende Gerichtsbarkeit jener Ortsobrigkeiten allein ward dem Röm. Prätor die zunehmende Ausbreitung seines Amtes über Italien ermöglicht.

Außer den *lictores* und *viatores* standen den Magistraten der Aufrufer (*praeco*) und der Zeitverkündiger (*accensus*) zu Gebote. *Scribae* waren noch überflüssig.

§ **135**] Als Spruchrichter waren theils, wie es scheint, die Mitglieder ständiger Gerichtshöfe, theils für den betreffenden Fall ernannte Einzelrichter berufen. Alle können als Geschworene (*jurati judices: Cic. de leg. agr. 4*) bezeichnet werden, da sie bei ihrer Ernennung, bez. vor Uebernahme des Processes, vereidigt wurden. Wie die ständigen Gerichtshöfe organisirt waren, ist unbekannt; wir können nur vermuthen, daß als Schöffen darin Senatoren fungirten, und etwa, daß sie ihre Sitzungen unter Vorsitz eines Pontifex (*qui privatis praeesset*) hielten. Vielleicht war das der, auch schlechthin als *hasta* bezeichnete, Gerichtshof der *Centumviri*, neben denen insgemein noch die *Decemviri litibus judicandis* als ein besonderer Gerichtshof aus alter Zeit angesehen werden. Die *legis actio sacramento*, die älteste Form des Processes, scheint mit dem *judicium centumvirale* auf's Engste verflochten.*

Die Ernennung von privaten Einzelrichtern (*arbitri, judices* im eng. S.)** war in ältester Zeit der seltenere Fall, und kam vorzugsweise in solchen Sachen vor, wo es sich um freies Ermessen sachverständiger Schiedsmänner handelte (*jurgia*). Wann zuerst in eigentlichen *lites* Ernennung von Einzelrichtern vorgekommen, wissen wir nicht; möglicherweise meint Dionysius unter den von Servius Tullius eingesetzten Privatrichtern solche Einzelrichter. Ausdrücklich werden sie dann als Anordnung der *lex Pinaria* (472? 432? v. Chr.)[5] genannt für Sachen

*) s. Excurse zu § 93—96 u. unten Cursus § 221.
**) vergl. Excurse zu § 132—150. No. V.

unter 1000 As, d. h. unter dem Werthe eines Morgen Ackerland (*jugerum*), also für Streitigkeiten über Mobiliar und Obligationen (!).

§ **136**] Der Proceßmagistrat hielt Gerichtssitzung auf dem *tribunal* innerhalb des *Comitium* (Gell. 20, 1), und seine Gerichtsstätte hieß selbst *Jus* (*Cic. de orat. 1, 38. § 173; Paul. in fr. 11. D. de J. et J. 1, 1*); die Geschworenen sprachen auf freiem *Forum* Recht (*Auct. ad Herenn. 2, 13*). Alle Gerichtssitzungen waren öffentlich und unter freiem Himmel. Eigentliche Processe wurden nur *pro tribunali*, Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch an anderen beliebigen Orten (*de plano* und selbst *in transitu*: *Gai. 1, 20; Paul. in fr. 36. pr. D. de adopt. 1, 7*) expedirt.

Eine *legis actio* konnte vor dem Magistrat nur an *dies fasti* und während der freien Stunden an *dies fissi* (*intercisi*)* stattfinden, während die Thätigkeit der Geschworenen, sowie die der Streitparteien selbst nur durch die religiösen Feste beschränkt war. Mit der dritten Stunde des Tags (um 9 Uhr Morgens) begann die Gerichtszeit; das *judicium* sollte Vormittags beginnen, die Entscheidung am Nachmittag desselben Tags, jedoch vor Sonnenuntergang folgen; *Sol occasus suprema tempestas esto,* geboten die XII Taff. zufolge *Auct. ad Herenn. 2, 13; Gell. 17, 2; Fest. v. Suppremum.*

§ **137**] **III. Gerichtsverfahren.** A. Uebersicht der *Legis actiones.* Es gab ebensoviele *legis actiones*, als gerichtlich verfolgbare Rechte; Gaius (4, 11. 12) zählt ihrer 5 Arten (*modi*) auf: 1) *Sacramentum,* 2) *Judicis arbitrive postulatio,* 3) *Condictio,* 4) *Manus injectio,* und 5) *Pignoris capio,* welche Ausdrücke gewählt sind „je nach einem eigenthümlichen Stück des Verfahrens, das mehr oder weniger seinen (formalen) Mittelpunkt bildet, aber auch sonst wohl vorkommt; so z. B. ein Sacramentum im Repetundenproceß, eine *judicis postulatio* in der Executionsinstanz, ein *condictus dies* im Fremdenproceß, ein *manum injicere* bei der in *jus vocatio,* eine *pignoris capio* durch den Magistrat, ohne daß diese Fälle zu jenen fünf Legis Actiones gehörten.“[6]

Die *l. a. sacramento* war das regelmäßige Verfahren des ältesten Röm. Civilprocesses; ein von diesem Ordinarproceß abweichendes Verfahren mußte für die betreffenden Sachen immer durch besondere *lex* angeordnet seyn (Gai. 4, 13). Daneben kann die *l. a. per manus injectionem* als der strenge Executivproceß jener Zeit, welcher zur besonderen Sicherstellung der Gläubiger in Geldsachen zulässig war, bezeichnet werden, sie diente unter Umständen zugleich als Executionsmodus, wenn auf Grund des Urtheils im Sacramentsproceß zur Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner verschritten werden mußte; außerdem gab es in der *l. a. per pignoris capionem* noch einen für eine Reihe besondrer privilegirter Fälle eingeführten Executionsmodus. Sodann erscheint in der *l. a. per* (*judicis*) *arbitri* (*ve*) *postulationem* der Typus eines Auseinandersetzungsverfahrens, welches in den zu gütlicher Erledigung und freiem Ermessen geeigneten Sachen eintreten konnte.

---

*) s. Excurse zu § 113—116. No. V.

Endlich gesellte sich im 3. Jahrh. v. Chr. dazu noch eine neue Proceßart für (strenge) Schuldsachen, welche eine sachgemäße Umgestaltung des Sacramentsprocesses enthielt: die *l. a. per condictionem.*

Sie alle waren gegenüber dem Sacramentproceß Specialarten.* Die *l. a. per manus injectionem* griff Platz, wo eine besondere Schärfe, — die *l. a. per arbitri postulationem*, wo eine besondere Freiheit, — die *l. a. per condictionem,* wo sachliche Einfachheit der Behandlung Bedürfniß war. In der *l. a. per manus injectionem* und in der *l. a. per pignoris capionem,* einer Realexecution im Wege der Privatpfändung, lag ein Act der Selbsthülfe, welche sonst aus dem Kreise des Röm. Civilprocesses entfernt ist und nur in einzelnen Proceßmomenten noch entweder als ein Rest ursprünglicher roher Rechtsmacht, oder als Symptom des energischen Nationalsinns hindurchbricht, wie z. B. bei der *in jus vocatio,* durch welche der Kläger in der Regel seinen Anspruch gerichtshängig zu machen hatte.

§. 138] B. Das ältere System der Legisactionen. 1. Ordinarproceß. a. *Jus.* Das Sacramentsverfahren ist ein Kampf schlechthin entgegengesetzter Rechtsbehauptungen, ausgestattet mit dem Nachdruck einer feierlichen Wette vor dem Magistrat**: der Urheber des Processes schreibt sich ein Recht zu, der Gegner versagt es ihm, jeder aus Ueberzeugung, und die Wette ist der Ausdruck dieser Ueberzeugung.

Daß die zu verfolgende Rechtsangelegenheit auf diese Weise zur gerichtlichen Streitfrage gestempelt werde, dazu bedurfte es immer der thätigen Initiative des Klägers selbst, welcher den zu Belangenden aufzusuchen und vor das Tribunal zu bringen hatte: *in jus vocatio;* den Widerhaarigen durfte er zu diesem Behufe unter Zeugenaufrufung (*antestatio*) ergreifen und zur sofortigen Folge nöthigen (*in jus rapere*); Kranken sowie Greisen mußte er dazu ein Lastthier bieten, brauchte jedoch dem damit Unzufriedenen weitere Bequemlichkeit, z. B. bedeckten Wagen nicht vorzurichten; der Aufgeforderte konnte seines Weges gehen, wofern er sofort einen tüchtigen, der Wohlhabende einen wohlhabenden, der Vermögenslose irgend einen Bürgen (*vindex*), welcher den Proceß auf seine Person nahm, stellte. Die erste der XII Taff. besagte: *Si in jus vocat, ni it, antestator; igitur* (= *postea*) *em capito; si calvitur* (= *moretur*) *pedemve struit* (= *fugit*), *manum endo jacito; si morbus aevitasve vitium escit, qui in jus vocabit, jumentum dato, si nolet* (nämlich der *vocatus;* wie oben: *ni it*), *arceram ne sternito* (nämlich der *vocans*); *assiduo vindex assiduus esto, proletario cui quis volet vindex esto. Auct. ad Herenn. 2, 13; Gell. 20, 1; 16, 10; Cic. de leg. 2, 4; Nonius v. Calvitur, Arcera, Proletarii.* Die Streiteröffnung war eine zweiseitige Verhandlung vor Gericht und verlangte daher, daß die Betheiligten zusammen vor dem Magistrat erschienen; auf einseitigen Antrag konnte der Magistrat keine Proceßeröffnung zulassen.

*) s. Excurse zu § 213—265. No. V.
**) Vergl. Excurse zu diesem Kap. No. V. u. Excurse zu § 213—265. No. III.

§ **139**] Vor dem Magistrat wurde der Streitpunkt durch beiderseitige Aussprache klar gemacht* und die gegenseitige *provocatio sacramento* d. h. Aufruf durch die Worte der Proceßweihe[7], bezieh. sacrale Herausforderung durch Eid zum Eid[8] hinzugefügt. Jede Partei hatte zufolge der XII Taff. bei einem Streitwerth von 1000 As an einen Betrag von 500 As, bei geringerem bloß 50 und den gleichen Kleinbetrag auch in Freiheitsprocessen für den Fall des Unterliegens einzusetzen, d. h. an den Pontifex (in dem *Sacrum ad Pontem*) zu erlegen[9], später unter Bürgschaft (*praedes*) die eventuelle Erlegung dem Magistrat (nur) anzugeloben, s. *Varro de L. L. 5, 110; Fest. v. Sacramentum; Gai. 4, 14—16;* und es ist anzunehmen, daß zu diesem Behufe bei allen nicht auf *certa pecunia* oder auf *libertas*, oder auf ein von Staatswegen abgeschätztes Grundstück gehenden Klagen zuvor eine (vielleicht oft nur vorläufige) Schätzung des Objectes stattfand.** Der Kläger provocirte mit den Worten: *Quando tu injuria vindicavisti* (oder *negas*), *quingentorum aeris sacramento te provoco*, und der Beklagte dagegen: *Similiter ego te. Gai. 4, 16; Valer. Prob. § 4.* Leistete Kläger oder Beklagter den Eid nicht, so siegte der Gegner; schwuren Beide, (*juro hanc rem meam esse ex jure Quiritium!*), so bedurfte die Sache des *Judicium.* Der vom Unterliegenden dann verwirkte Betrag verfiel dem Tempelschatz und erhielt dadurch den Karakter einer religiösen Proceßsteuer; späterhin, nämlich infolge der *lex Papiria* (nach 243 v. Chr. od. 511 d. St.), ward er von den *Triumviri capitales* für das Aerar eingetrieben. *Fest. v. Sacramentum.*

Wenn die Parteien, etwa wegen mangelnder sachlicher Vorbereitung des Beklagten, Abwesenheit des Streitobjects oder des mit in Frage kommenden *auctor juris*, nicht zur sofortigen Klarstellung des Streitfalls gelangten, ward dazu ein anderweiter Termin anberaumt, an welchem wieder zu erscheinen der Beklagte sich noch besonders verpflichten mußte — *Vadimonium promittere; Vadimonium purum* und *cum satisdatione* — Gai. 4, 185.

§ **140**] Nach Vollziehung der Proceßwette (also am Schluß des ersten, bez. zweiten Termins) ward die Sache zum *Judicium* ausgesetzt†: die hierauf gerichtete Erklärung des Magistrats beglaubigte den Rechtsstreit als amtlich eingeleitete oder rechtlich festgestellte *lis* — *lis inchoata, judicium ordinatum* —, und die Parteien anerkannten das feierlich unter Aufrufung von Zeugen, damit diese nöthigenfalls *in judicio* benutzt werden könnten zur sofortigen Constatirung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens: s. g. *litiscontestatio* (Streitbefestigung). *Fest. v. Contestari.* Hiermit verband sich die gegenseitige Aufforderung (*denuntiatio*) der Parteien, an einem bestimmten Sessionstage der Centumvirn das *Judicium* persönlich anzutreten.

Wenn, was seit der *lex Pinaria* (472? 432?) in geringern Schuldsachen, nämlich unter 1000 As Streitwerth, geschehen mußte, Verwei-

*) s. Excurse zu diesem Kap. No. IV. **) s. Excurse zu diesem Kap. No. VIII.
†) s. Excurse zu diesem Kap. No. V.

sung der Sache an einen Einzelrichter erfolgte, so ward hierzu (*ad judicem capiendum*) zuvörderst ein neuer (zweiter, bez. dritter) Termin, mit einem Monatsintervall angesetzt, an welchem der Magistrat auf Grund eines Vorschlags der Parteien (*Judicem ferre — rejicere — sumere*) den *Judex* ernannte (*judicem dabat*), und die Parteien einen — gewöhnlich den dritten — Tag (*dies perendinus*) für das *Judicium* vereinbarten (*comperendinatio*). *Fr. 80. D. de judic.* (*5, 1*); *Gai. 4,15; Fest. v. Res comperendinata.*[10]

§ **141**] b. Streiterledigung *in Jure*. Unter Umständen war schon nach den XII Taff. die Bestellung eines *Judicium* in der Sache überflüssig: so wenn Beklagter der klägerischen Behauptung *in jure* nicht widersprach, bez. wenn Beklagter oder auch der Kläger etwa den Proceßeid nach der Provocation nicht ableistete (*in jure confessio*; Gai. 2, 24 — *aes confessum*, was einem richterlichen Urtheil gleichkam: *fr. 1. 6. § 2. D. de confessis 42, 2*), oder im Falle des *furtum manifestum*, indem hier sofortige *addictio rei vindicatae* und *furis* durch den Magistrat an den Kläger erfolgte; ferner wenn ein Vergleich (*pactum*) *in jure* zustande kam (*Auct. ad Herenn. 2, 13; fr. 7. § 14; fr. 17. § 4. D. de pact. 2, 14*), oder wenn vielleicht Beklagter, ohne den Klaggrund zu bestreiten, doch die Wirksamkeit desselben durch einen Gegengrund (zum Theil wohl gar in Fällen, wo später nur *ope exceptionis* geholfen ward) paralysiren konnte, z. B. durch den Nachweis, daß die *legis actio* schon durch Proceß oder Vergleich aufgehoben sei: was der Magistrat als Präjudicialpunkt sofort erledigen mochte.[11]

§ **142**] c. Judicium. Das ordinirte Entscheidungsverfahren fand entweder vor einem der ständigen Volksgerichte oder aber (in den Fällen der *lex Pinaria*) vor Einzelrichtern statt; besondere Solennitäten waren dafür nicht vorgeschrieben. Die Parteien trugen nach kurzer Einleitung (*causae collectio*) ihre Sache vor (*causae peroratio*, Plaidoyer), wobei wohl auch *Patroni* auftraten, und es über Rechtsfragen zu einer *disputatio fori* kommen konnte; auf Grund des geführten Beweises (*causae cognitio* vom Standpunkt des Richters aus genannt) wurde der Richterspruch (*sententia, judicatum*) gefällt. *Auct. ad Herenn. 2, 13; Gell. 17, 2; Gai. 4, 15.*[12] Wer bis zu Mittag im Termine ausblieb, hatte den Proceß versäumt und verloren; der Richter urtheilte dann zu Gunsten des *praesens*.

Die Beweisführung seiten des Klägers war direct und einfach auf das Bestehen seines behaupteten Rechts, das Urtheil auf die eidliche Proceßwette gerichtet: *utrius sacramentum justum sit. Cic. pr. Caec. 33.* u. *pr. dom. 29.*, d. h. der Richter erklärte (*pronuntiabat*), ob Klägers oder Beklagtens *sacramentum* (Behauptung) *injustum* sei und entschied damit (*judicabat*) unmittelbar über die Sache selbst („*ipsam rem condemnabat*“ Gai. 4, 48); Verurtheilung in die pönale Sacramentssumme war überflüssig, da diese zufolge des begangenen *piaculum* von selbst verfiel;[13] eine eigentliche *condemnatio* dürfte hier überhaupt nicht stattgefunden haben; die Sentenz war ein Wahrspruch, kein Macht-

spruch.* Mit diesem Ausspruch war die Aufgabe des Richters (*munus judicis*) erschöpft und der Streit geschlossen (*res judicata, finita*), eine Streitigkeit fortan nicht vorhanden und folglich Wiederholung des Processes über die nämliche *causa* unzulässig.

§ **143**] d. Execution. Wenn der Beklagte trotz seines Unterliegens (bez. Zugeständnisses oder Vergleichs) nicht gutwillig dem Kläger gerecht ward, kam dieser in den Fall, zum Zwange zu verschreiten. Das solchenfalls stattfindende Verfahren ist die Execution.** Ihr Sinn war, in Gemäßheit der ganzen Art des Röm. Civilprocesses, nicht etwa directe amtliche Vollstreckung des gesprochenen Urtheils durch den Magistrat, sondern eigene Ausübung des zugesprochenen Rechts durch die siegreiche Partei selbst, allerdings, da nöthig, unter obrigkeitlicher Aegide des Magistrats, der auch hier nicht dirigirte, sondern nur assistirte, nämlich kraft seines *Imperium* den selbsthandelnden Kläger bei der Brechung persönlichen Widerstandes durch Gerichtsdiener und Androhung von Vermögensbußen unterstützte und bez. dem Beklagten dabei zu gewissen Rechtsbehelfen (?) Raum ließ.

Letztere konnten bei Schuldsachen, die zur Ergreifung der Person des Schuldners selbst führten, in Frage kommen und mußten *in jure* erledigt werden; daher gestaltete sich die Execution in Schuldsachen zu einer besonderen *legis actio* (*judicati*), nämlich der *l. a. per manus injectionem*. Während außerdem† die Execution ohne besondere Form verlief, war sie hier, wenigstens im Fall Beklagter rechtliche Einsprache erhob und einen *vindex* anbot, durch eine neue Solennität und Vortrag *in jure* bedingt, also gleichsam ein (dem ersten Proceß) angehängter Executivproceß; sie bestand bis zur *lex Poetelia* (327 v. Chr. od. 427 d. St.) in alter Strenge fort, auch nachdem durch die *lex Valeria* (342 v. Chr. od. 412 d. St.) diese für den eigentlichen Executivproceß (*l. a. pro judicato*) wesentlich gemildert worden war.

§ **144**] 2. Executivproceß. Zur Durchsetzung von Schuldforderungen bedurfte es unter Umständen nicht einer *in jus vocatio*, sondern ohne daß der Schuldner erst vor dem Magistrat der Schuld geständig, oder nach vorgängigem Sacramentsverfahren *in judicio* verurtheilt worden wäre, konnte der Gläubiger sein Recht *brevi manu* verfolgen und die Bestellung eines (namhaften) Succumbenzgeldes auf diesem Wege vermeidend, gleichsam das Verfahren mit der Execution (*paratissima executione*) beginnen. Dieser dem modernen Wechselproceß ganz analoge und einem — straffe Verkehrsordnung über Alles liebenden — Volke gewiß höchst angemessene summarische Executivproceß war in Fällen liquider, also offenkundiger und unleugbarer Schuld, m. a. W. da gegeben, wo der Schuldner von vornherein wie Einer, welcher feierlich zugestanden, oder gleichsam sich selbst verurtheilt (*damnas*) habe, erschien, und die Striktheit der Forderung keine Zweifel und

---

*) s. Excurse zu § 213—265. No. IV. sub B. **) s. Excurse zu diesem Kap. No. VI.
†) Ueber die anomale *pignoris capio* s. Excurse zu diesem Kap. No. VI. a. E.

Weiterung über den Umfang des Schuldbetrags zuließ.* Eine solche Kraft lag zunächst

1) in publicistischen Verpflichtungsgründen z. B. beim Anspruch des Staats an Lieferanten, Käufer und deren Bürgen (*praedes*);[14]

2) ebenso im *Nexum*, einem Rechtsgeschäft, bei welchem eine besondere Sicherstellung des Creditirenden Bedürfniß war (s. Gell. 20, 1, § 41. und des alten Appius Claudius Aeußerung in Dion. 7, 28), und durch welches der Schuldner, indem er sich vor Zeugen (meist gegen Empfang einer baaren Geldsumme) feierlich der Macht des Gläubigers anheimgab, eine *confessio in jure* oder *judicatio in judicio* zu anticipiren und überflüssig zu machen schien: entweder sollte schon in den XII Taff. dieser Fall durch „*confessio*", bez. durch „*res judicatae*" mit bezeichnet werden (das *confessum aes* war zugleich *nexum aes*, wie das *nexum aes* ein *confessum aes* genannt werden konnte!), oder es ist anzunehmen, daß die das *Nexum* betreffenden Worte der XII Taff. bei Gell. 20, 1 ausgelassen sind, was sich durch die Jahrhunderte vorher erfolgte Antiquirung des *Nexum* erklären würde. Von Livius sowohl, als von Dionysius werden in ihren Darstellungen der Schuldregulirungsstreitigkeiten *nexi* (*addicti?*) und *judicati* nie geschieden, und bald die einen, bald die anderen allein genannt.

3) Der Verpflichtung durch *nexum* standen gewisse gleichfalls mit einem *gerere per aes et libram* zusammenhängende Schuldsachen gleich: nämlich die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Rückerstattung des für eine mancipirte Waare empfangenen Preises an den Käufer, wofern diesem die Waare evincirt wurde, und die durch Mancipationstestament begründete Verbindlichkeit des Erben zur Leistung eines Damnationslegats. *Varro de R. R. 2, 10, 5; Paul. Sent. Rec. 2, 17, § 2. 3; Gai. 3, 173; 175.*

4) Dazu fügten eine *lex Publilia* und eine *lex Furia de sponsu* (im 4. Jahrh. v. Chr.: 384? 345?) die Erstattungsansprüche der Bürgen (*sponsores*) gegen den Hauptschulder, welcher Regreß zu leisten hat, und gegen den Gläubiger, welcher im Fall anderer Mitbürgen von einem mehr als den Viriltheil eingetrieben hat. Gai. 4, 22.

§ **145**] In allen diesen Fällen trat, so kann man sagen, die *domum deductio* an die Stelle der *in jus vocatio*, d. h. der Kläger konnte sofortige Folge des Beklagten, wenn er ihn zu fassen wußte, verlangen, was er „unter feierlicher Ansage der Schuld" ungefähr mit den Worten that: *Quod tu mihi* (*aere aeneaque libra*) *decem milium aeris damnas* (oder wenn es Execution auf Grund gefällten Urtheils war: *judicatus*) *es, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi pro judicato* (oder wenn auf Grund gefällten Urtheils: *judicati*) *manum injicio.*[15] *Gai. 4, 21. 24; fr. 2. pr., fr. 27. § 5. D. ad leg. Aquil. 9, 2.* Er bannte damit gewissermaßen die Person des Schuldners, dessen selbständige Handlungsfähigkeit von dem Augenblick an in Frage gestellt war, so

---

*) s. Excurse zu diesem Kap. No. VI.

daß er etwaige Rechtseinwände gegen die *domum deductio*, z. B. Zahlung (?), nur mittels eines stellvertretenden Gewährsmanns (*vindex*) erheben konnte.

Zu diesem Zwecke (und wohl zu keinem anderen) konnte er Führung in *jus* verlangen, wo der *vindex* die Sache *sub poena dupli* auf seine Gefahr zu übernehmen hatte. Der Beklagte mußte, wenn er sich ohne *vindex* betreffen ließ, die sofortige Verhaftung und Abführung geschehen lassen, und der (reiche und angesehene) Gläubiger dürfte meistens in der Lage gewesen seyn, seinen Willen ohne großes Aufheben durchzusetzen. Es folgte darauf das bekannte, in den XII Taff. genau vorgezeichnete weitere Verfahren.*

§ **146**] 3. Auseinandersetzungsverfahren. Neben der strengen Proceßalternative des Recht- oder nicht Recht haben (*lites*: Mein oder Dein, Schuldig oder Nichtschuldig!) gibt es und gab es bei den Römern schon in alter Zeit Fälle, wo vielleicht die Interessenten selbst nicht einmal bestimmte Ansprüche von vornherein zu formuliren in der Lage sind, also kein eigentlicher Rechtsstreit, sondern eine zu hebende Verwirrung oder zu lösende Gemeinschaft, und daher nicht das Bedürfniß einer eigentlichen richterlichen Entscheidung, sondern einer mehr freundschaftlichen, etwa von einem unparteiischen Sachverständigen geleiteten Prüfung durch Augenschein, Werthsermittelung, Rechnungsablage, gutachtliche Abwägung und Ausgleichung vorliegt (*jurgia*). Auch hierzu konnte die Beglaubigung beim Magistrat eingeholt werden, was mittels einer besonderen *l. a. per arbitri postulationem* geschah. Der Umkreis der unter dieselbe gehörigen Fälle dürfte in alter Zeit sehr beschränkt gewesen seyn, da eigentliche *negotia bonae fidei* dieser noch mangelten; wir haben da vornehmlich an Verhältnisse der Grundstücksnachbarn in Betreff der Grenzraine und Wasserläufe, an Vertrauens- und Gemeinschaftsverhältnisse, die aus Familienbeziehungen (Vormundschaftsführung, Erbtheilung) entstanden, zu denken.**

Die Interessenten hätten hier meistentheils eine Verständigung auf vertraulichem Privatwege durch außergerichtliche Schiedsmänner bewirken können, indeß lag es nahe, auch solche Angelegenheiten unter die Autorität eines Magistrats zu ziehen, um etwaiger späterer Anfechtung vorzubeugen und die Erledigung durch diese Solennität (für weitere Kreise und für die Zukunft) notorisch zu machen. Man einigte sich solchenfalls über einen oder mehrere *arbitri* (mit Obmann) und erbat sich deren Bestellung vom Magistrat — wir wissen nicht näher, in welchen Formen, weil das betr. Blatt der Veroneser Handschrift des Gaius (hinter 4, 17) verloren ist.

Solche Sachen eines freien und vertraulichen Ermessens *sacramento* zu behandeln, wäre schon wegen mangelnden Anhalts zur Feststellung der Sacramentssumme unstatthaft, und sie vor ein ständiges und bez.

*) s. Excurse zu § 123—130. No. III.

**) s. Excurse zu § 123—130. No. II.

zahlreiches Richtercollegium zu bringen überhaupt nicht sachgemäß gewesen.[16] Man denke nur an solche Fälle, wo die Richter sich wegen Augenscheins an Ort und Stelle des Objects verfügen mußten! — Das Verfahren vor dem oder den *arbitri* richtete sich zweifelsohne ganz nach dem individuellen Bedürfniß des Falls.

§ 147] C. Proceßreformen. In den angegebenen Arten der Legisactionen war das processuale Bedürfniß der alten Zeit gedeckt; allein theils tauchten neue Rechtsgeschäfte auf, welche den alten Legisactionen nicht wohl zugänglich eine processuale Organisation forderten, theils erschien manche Eigenthümlichkeit der alten Legisactionen jetzt unzuträglich und Abhülfe darum nothwendig. Drei Proceßbildungen sind es vermuthlich, welche davon herkamen und so vielleicht neben einander zu nennen sind.

1. *Manus injectio pura.* Es ward nämlich die strenge *manus injectio pro judicato** durch besondere Gesetze auf einige andere Fälle übertragen, aber in abgeschwächter Weise und im Geiste einer Zeit, in welcher (durch die *lex Poetelia*) auch die Kraft des *Nexum* und die Urtheilsvollstreckung gemildert wurden. Gaius (4, 23) führt beispielsweise eine *lex Furia testamentaria*** und eine *lex Marcia* (352? v. Chr.) an, wonach Nichtverwandte (*non excepti*), die mehr als 1000 As auf dem Wege letztwilliger Zuwendung angenommen, und Zinswucherer, die zu hohe Zinsen eingetrieben, zur Erstattung (des vierfachen Betrags) mittels *manus injectio* angehalten werden konnten. Auch die Eintreibung des Schadenersatzes *ex lege Aquilia* gehört hieher.

Die Milderung dieser neuen Proceßart bestand darin, daß der Beklagte auch ohne *Vindex* die Sistirung der Verhaftung verlangen und die Sache ohne Weiteres vor den Magistrat, m. a. W. daß er anstatt der *domum deductio* den Proceß in die Bahn der *in jus vocatio* ziehen konnte (*manum sibi depellere et pro se agere*). Bestritten, doch wahrscheinlich ist, daß der Beklagte *in jure* sofort seine Nichtschuld zu erweisen hatte, um sich vor der drohenden *domum deductio* zu retten; schwerlich löste sich der begonnene Executivproceß in eine *l. a. sacramento* auf;[17] eher können wir hier eine Vorbereitung der Idee des Condictionsprocesses vermuthen.

Durch eine *lex Valeria* (342?) ward diese *m. i. pura* (*i. e. sine vindice*) zum allgemeinen Executivproceß — namentlich auch für Nexum-Sachen — erhoben, m. a. W. eine mildernde Reform desselben vorgenommen (Gai. 4, 25), nicht lange nachher freilich der Executivproceß überhaupt abgeschafft, nämlich durch die *lex Poetelia,* welche das *Nexum* als bloßes Recht am Vermögen bezeichnend die Verhaftungsbefugniß des Nexumgläubigers aufhob. Abgesehen von dem Executionsverfahren auf Grund gefällten Urtheils (und gerichtlichen Zugeständnisses) ward der (gemilderte) Executivproceß nur noch für den besonderen Fall der *Sponsio ex lege Publilia*† zugelassen.[18]

---

*) s. oben § 145. **) s. Excurse zu diesem Kap. No. VII. †) s. § 144.

§ 148] 2. *Condictio ex lege Silia et Calpurnia.* Da seit Abschaffung des Executivprocesses die Gläubiger auf das alte Sacramentsverfahren angewiesen, bez. beschränkt gewesen waren, so mußte für eine neue Proceßart gesorgt seyn, in welcher das schwerfällige *sacramentum* vermieden ward; diesem Bedürfniß nun diente eine Reform, welche zugleich das Recht des Gläubigers und des Schuldners richtiger abzuwägen gestattete, als es in jenem alten Executivproceß möglich gewesen.[19] Eine neue *legis actio* zu schaffen, mußte aber um so dringender erscheinen, da wahrscheinlich weder die neueren Formen der *sponsio* (*stipulatio ex jure gentium*), noch das (reformirte, geschwächte) *nexum*, noch die *expensilatio* und das moderne *mutuum* für die alte *l. a. sacramento* empfänglich waren.[20] Processuale sowie civilistische Ursachen also vereinigten sich zur legislativen Erzeugung der *l. a. per condictionem*; etwa wie *expensilatio* und *mutuum* neben das *nexum* und an dessen Stelle traten, so die *condictio* neben das *sacramentum* und an dessen Stelle; die profane *condictio* verhält sich demgemäß zum *sacramentum*, wie die profane *stipulatio* zur *sponsio*.

§ 149] Diese *Condictio* nun erscheint in zwei Phasen formeller und materieller Entwicklung: a) *ex lege Silia* (244? 510 d. St.) ward dem Gläubiger einer irgend wie begründeten (strengen) Geldforderung (*certa pecunia*), welcher seinen Schuldner *in jus* vocirte, die Befugniß ertheilt, diesen entweder[21] zur sofortigen Erledigung durch Eid (*jurisjurandi in jure delatio*) oder zur Vorbereitung des *Judicium* aufzufordern (*condictio s. denuntiatio — in jure*). Ersternfalls setzte der Gläubiger sich dem jähen Proceßverlust durch *abjuratio pecuniae* seiten des Schuldners aus, andernfalls beschritt er den umständlicheren Weg der Beweisführung, aber mit der Eigenthümlichkeit, daß er den Schuldner nun zur *sponsio tertiae partis*, welcher er seinerseits natürlich auch durch *restipulatio* entsprechen mußte, und außerdem zum Wiedererscheinen in einem anderweiten Termin nach 30 Tagen *ad judicem capiendum* aufforderte.[22] Jene Sponsion und Restipulation eines relativen Succumbenzgeldes, das an den Sieger selbst fiel, vertrat das unbehülfliche *sacramentum* in zweckmäßiger Weise, und der gegebene Zeitraum war eine Bedenkfrist für jeden Theil, ob er es auf das Succumbenzgeld wagen wollte, auch wohl eine Frist für Ausrüstung mit etwaigen Rechtsbehelfen. *Gai, 4, 18; Fest. v. Condictum* u. *Status dies; Gell. 10, 24.*

b) *Ex lege Calpurnia* ward dem Gläubiger einer irgend wie begründeten (strengen) Naturalforderung (*omnis certa res*) das gleiche Recht ertheilt, nur mit Wegfall der Sponsion und Restipulation. Diese Erweiterung der Condictionsklage galt jedoch zunächst wohl nur den Fungibilien (*res nec mancipi*), worauf namentlich auch ihre Bezeichnung als *condictio triticaria* hinweist.

In beiden Legisactionen war die Bestellung eines Einzelrichters, welche bisher bloß bei kleineren Streitgegenständen (Schuldsachen) stattfand, zur Regel für Schuldklagen überhaupt erhoben; noch mehr aber als dies zeigte die Besonderheit der *l. a. ex lege Calpurnia*, daß

hier der *judex* nicht auf ein Succumbenzgeld, sondern einfach auf die Sache selbst erkennen, und er daher vom Magistrat zugleich zur *litis aestimatio* ermächtigt werden mußte, eine Annäherung theils an die *arbitri postulatio*, theils auch an den späteren Formularproceß.[23] Gai. 4, 18. 19.*

§ **150**] 3. *Judicis postulatio.* Neben den strengen Schuldsachen drängten wohl am Ende dieser Periode zur rechtlichen Anerkennung gewisse Verpflichtungen freier Art, für welche jene starre Proceßalternative weder des *sacramentum* noch der *sponsio tertiae partis* statthaft war, weil es sich dabei, ähnlich wie in den schon früher ausgezeichneten Fällen gütlicher Auseinandersetzung, um Würdigung höchst individueller Situationen und Abmessung und Abschätzung mannichfacher Abstufungen und Schattirungen der Rechts- und Sittenpflicht handelte.** Als Beispiel kann das *pactum fiduciae* dienen, unter dessen Titel Verpfändung und Hinterlegung vorgenommen werden mochten, und welches nun erst, seit Schwächung des *Nexum* und Abschaffung des Executivprocesses, als Verpfändungsmittel überhaupt recht Bedürfniß werden mochte. Vielleicht gehören neben die *actio fiduciae* auch die *actio rationibus distrahendis* der XII Taff. auf Rechnungsablegung des *tutor,* und die *actio rei uxoriae*, welche mit dem Auftreten des *matrimonium sine manu* zur Ausbildung kommen mußte. Sie eigneten sich nur zur Verhandlung entweder in der neuen Form *ex lege Calpurnia*, oder in der alten Form der *arbitri postulatio:* da letztere nun eben von Alters her schon bestand, so ist es wahrscheinlich, daß sie es war, welche benutzt und bez. für den erweiterten Zweck zugänglich gemacht wurde, und, eben weil sie bestand, die *lex Calpurnia* von vorn herein auf *certa res* beschränkt werden konnte.

Ob auch die allmählich durchgesetzte Klagbarkeit der Real- und Consensualcontracte noch der Periode der Legisactionen — welchenfalls die *judicis arbitrive postulatio* auf sie würde mit ausgedehnt worden seyn — oder aber der folgenden Periode angehöre, mag hier dahingestellt bleiben.[24] Erklärlich ist aber und wohl zu vermuthen, daß jene Ausdehnung der *arbitri postulatio* auf Sachen, welche nicht bloße *jurgia*, sondern ganz eigentliche Streitsachen (*lites*) waren, eine gewisse Umgestaltung dieser *legis actio* nach sich zog, und daß vielleicht seitdem das Wort *Judex* (Rechtssprecher) neben *Arbiter* (gütlicher Vermittler), oder anstatt dessen in die Formel aufgenommen wurde.[25]

Literatur: 1) v. Bethmann Hollw. Civilproc. I. S. 52. Dazu Ihering Geist d. R. R. II. S. 648. 665ff. u. K. A. Schmidt *De origine legis actionum* (Frib. 1857). — 2) Rudorff R. R.-Gesch. II. S. 4. Anm. — 3) Ders. § 26. v. Keller R. Civilproc. § 54. Anm. 627. Dagegen Huschke Gaius, S. 110. — 4) s. oben Cursus § 110—112. Dazu v. Bethm.-Hollw. I. S. 41. — 5) Ueber die Zeit der *lex Pinaria* s. Rudorff I. § 43. Voigt d. *jus naturale* d. Röm. II. S. 187. v. Bethm.-Hollw. I. S. 65. — 6) v. Bethm.-Hollw. I. S. 88. Dazu Ihering II. S. 653ff. — 7) Stintzing Verf. d. *legis actio sacr.* z. d. Verfahren durch *sponsio praejud.* (1858) S. 5—14. — 8) Danz i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 359—382. —

*) s. Excurse zu § 213—265. No. I. a. E. **) s. Excurse zu diesem Kap. No. VIII.

9) Ders. S. 359. — 10) Hartmann Contumacialverfahren S. 232ff. v. Keller § 59. v. Bethm.-Hollw. I. S. 178. — 11) Ders. I. S. 118. 125. Dazu Ihering III. S. 105. 118. — 12) v. Bethm.-Hollw. I. S. 180. — 13) Stintzing S. 16—41. Aehnlich Mayer *ad Gai. Institut.* 4, 48. *Comment.* (1853) p. 50 sq. Dazu Huschke, Gaius, S. 168ff. und neuerdings Danz S. 384. — Vergl. noch v. Keller Litiscont. S. 188ff.; Civilproc. § 13 u. Rudorff II. § 21. — 14) v. Bethm.-Hollw. I. S. 96—9. — 15) Huschke Nexum S. 56. — 16) v. Bethm.-Hollw. I. S. 63. 165. — 17) Ders. S. 163 gegenüber Rudorff II. S. 86. — 18) Erklärung s. bei Huschke Nexum S. 144. Dazu v. Bethm.-Hollw. I. S. 164. — 19) Ders. I. S. 164. — 20) s. Excurse zu § 123—130. No. IV. u. v. Bethm.-Hollw. I. S. 150 i. Verb. m. Puchta Instit. II. § 162. — 21) s. hierüber Rudorff II. § 23. — 22) so v. Bethm.-Hollw. I. S. 152 gegenüber v. Keller § 18. Dazu Hartmann *Ordo judiciorum* I. S. 74. 178 u. Walter R. R.-Gesch. II. § 715. — 23) v. Bethm.-Hollw. I. S. 154. — 24) Ders. I. S. 166. — 25) Rudorff II. § 6. —

Außerdem sind zu vergleichen Zimmern Gesch d Röm. Privatr. III. S 102—141. Walter R. R.-Gesch. II. § 692—710. Asverus Ueb. d. *legis actio sacramento* (1837). v. Scheurl Einleitung z. Studium d. Röm. Civilprocesses (1855).

Ueber die Quellen unsrer Kunde des Röm. Civilprocesses vergl. v. Bethm.-Hollw. I. S. 33—35.

Dritte Periode.

Vom ersten Punischen Kriege bis auf Augustus und Labeo.

(ca. 250-1 v. Chr.)

XIX. Kapitel.

I. Reich und Bevölkerung.

§ **151**] Italien sieht jetzt Rom an seiner Spitze und gewöhnt sich daran, in ihm nicht bloß seine politische, sondern auch seine sociale Kapitale zu erkennen; Rom aber, an Italien bald nicht mehr sich begnügend, erhebt sein Haupt zum Umblick über die weite Culturwelt des Mittelmeers und streckt seine Hand nach dem Scepter der Weltherrschaft aus.* Am Ende der 3. Periode hat es dieses Ziel und schon beinahe das äußerste Maß seiner irdischen Ausdehnung erreicht: es sieht sich ohne Rivalen. —

In seinem Kampfe mit Pyrrhus hatte Rom sich als eine Großmacht in der Mittelmeerwelt erwiesen, durch seinen Sieg über Karthago und Hannibal erhob es sich zur Hauptmacht. Nachdem es einmal, in Folge des ersten punischen Kriegs, festen Fuß außerhalb des italischen Territoriums gewonnen, umgab es sich, in fast zwingender Aufeinanderfolge von Eroberungen und Erbschaften, mit einem Kranze von Provin-

*) s. Excurse zu diesem Kapitel N. I.

zen, wies den alternden Culturvölkern im Umkreis der gemeinsamen Ordnung neue Aufgaben an und schien sie zu verjüngen, indem es sie verband. Was jedes dieser Völker mit dem Rest seiner nationalen Kräfte noch vermochte, das nöthigte das allenthalben siegreiche Rom freilich in den Dienst seiner Macht und seines Glanzes, aber damit auch in den Dienst eines großen Ganzen. So ward Rom der centrale Ausdruck der antiken heidnischen Culturwelt: die endlich concentrirte Formulirung dieser Idee aber ist das Imperatorenthum, mit dessen Anerkennung die folgende Periode anhebt.

§ **152**] Den Gang, welchen Rom's Machtentfaltung nahm, verstehen wir, wenn wir die beiden neben ihm vorhandenen Culturkreise der Mittelmeerwelt betrachten: den punischen und den hellenistischen. Die Karthagische Republik war nicht bloß politische Nebenbuhlerin durch ihre geographische Lage und militärisch centralisirte Seemacht, sondern zugleich sociale Gegnerin durch den Contrast der semitischen Rasse und Sitte. Da nun die punische Macht nur zur See überwunden werden konnte, so ward Rom eine Seemacht, und da es die gewonnene Stellung zur See nicht anders behaupten konnte, unterwarf es erst Sicilien, dann Sardinien und Corsica, und endlich Hispanien. Bis an das Ende des dritten Jahrhunderts war Rom ausschließlich mit der Westhälfte der Mittelmeerwelt beschäftigt, die Schlacht von Zama (202) machte es zur Herrin derselben.

Nebenher ging Rom's Bestreben, sein Reich nach dem Norden hin zu sichern: dies geschah zunächst durch Annectirung der *Gallia cisalpina* (222); in dem harten Kampfe mit den norditalischen Keltenstämmen, welcher dem vorausging, war Rom zum ersten Male thatsächlich als Haupt- und Vorkämpfer ganz Italiens allerseits anerkannt worden[1]. Ein Schritt weiter geschah mit Einrichtung der *Provincia Narbonensis* oder *Gallia transalpina* (121). Doch blieb es Cäsar vorbehalten, Rom's Herrschaft auch auf den Norden der Gallischen Länder auszudehnen; Cäsar entdeckte hier durch Umgestaltung Galliens zur Provinz dem Römischen Geiste gleichsam eine „neue Welt“, und bereicherte dessen Horizont mit einer anregenden und für alle Folge höchst bedeutsamen Perspective.

Theils durch die illyrischen Verwicklungen (280. 219), theils infolge Hannibal's Bündniß mit Philipp von Makedonien (215) war Rom's Blick auch nach dem Osten gelenkt worden; schon in der ätolisch-thrakisch-pergamenischen Coalition, welche von den Römern im Jahre 212, gegenüber den großartigen diplomatischen Combinationen Hannibal's, zunächst gegen Makedonien erzielt worden, hatten sie tief in die orientalische Welt eingegriffen[2], und nach dem zweiten punischen Kriege durch Förderung des großen numidischen Reichs unter Massinissa ihren Einfluß auf Nordafrika ausgedehnt. Nachdem die syrische Gegenstrebung des „Großkönigs von Asien“ Antiochus überwunden (190), die Kraft Makedoniens nach wiederholten Anläufen (214—206; 200—197; 171—168) endlich gebrochen, und Epirus Römische Pro-

vinz geworden war, traten Makedonien und Achaja, gleichzeitig mit der Vernichtung Karthago's, als Provinzen in das Römische Reich ein (146).

§ **153**] Die systematische und hegemonische Einmischung Rom's in die alexandrischen Staatensysteme Afrika's und Asien's hatte begonnen. Zwischen Aegypten und Rom war immer schon eine Art Wahlverwandtschaft bemerklich und bekundet durch mehrmals, z. B. im zweiten punischen Kriege (210) erneuertes Bündniß, ja durch Uebernahme der Vormundschaft über den jungen ägyptischen König durch Lepidus (201).[3] Die auf Bitten der Aegyptier nach Alexandrien gehende Römische Gesandtschaft (169), das Bündniß Rom's mit Judas Maccabaeus (um 160)*, die Einsetzung der Römischen Republik zu Erben ihrer Länder seiten der asiatischen Könige Attalus von Pergamum (133: *Asia propria* Römische Provinz), Ptolemaeos von Kyrene (96) und Nikomedes von Bithynien (88), daneben die Kämpfe in Numidien (111 bis 106) und die drei Mithridatischen Kriege (88—64), endlich die unter Crassus und Antonius unternommenen Kriegszüge wider die Parther — ein Volk an der Ostgrenze der Cultur, das unter einer skythischen Dynastie am Anfang unserer 3. Periode staatlich constituirt seit 150 zu einer ansehnlichen Macht herangewachsen war — zeigen uns die außereuropäische Erweiterung der Römischen Herrschaft.

Cilicien (102), Kreta (68), Syrien, Bithynien und Pontus (64), Numidien (46) wurden Römische Provinzen, das zweite Triumvirat (Octavianus, Antonius und Lepidus) constatirte in seinem Theilungsmodus (Europa, Asien und Afrika) die Herrschaft Rom's über die drei Erdtheile, und mit Aegyptens endlicher Annectirung schließt vorläufig die Reihe der Provinzerwerbungen der Republik (30). Rom sieht sich im Besitz aller Haupttheile der bekannten Welt, wofür schon zu Cicero's Zeit der Ausdruck *Orbis Terrarum* gäng und gäbe ist, und es bleibt wenig mehr als dessen friedlicher Ausbau den Römern zu thun und zu wünschen übrig.**

§ **154**] Das großartige System der Colonien, obwohl durch Hannibal's kühnes Auftreten in Italien erschüttert, erhielt sich dennoch und leistete den Römern, als sie außerhalb Italiens kämpfend in die Weite strebten, gute Dienste, denn es sicherte ihnen den festen Rückhalt in der Heimat. Dieses Colonialsystem, nach Beendigung des zweiten punischen Kriegs besonders an den unteritalischen Küstenlinien, dann auch in Samnium und Apulien theils durch neue Anlagen, theils durch bedeutende Verstärkungen sehr befestigt (200—184),[4] erweiterte sich dann über das eigentliche Italien hinaus; im diesseitigen Gallien,[5] dann auch in entfernteren Gebieten und Provinzen schufen sich die Römer mit trefflichem Takt zuverlässige Stützpunkte der Herrschaft. Wesentlich hiervon verschieden und eine neue Erscheinung in der Römischen Geschichte sind die mit den Bürgerkriegen zusammenhängenden

*) s. Excurs II. zu diesem Kapitel. **) s. denselben Excurs.

Aussendungen von großen Veteranencolonien in verschiedene Gegenden Italiens[6] — Sulla allein siedelte nicht weniger als 47 Legionen in Italien an —: sie waren nicht mehr eigentliche Volksverpflanzungen, sondern militärische Dispositionen eines Sulla, Cäsar und Augustus, welche zunächst ihre Parteizwecke verfolgend zugleich die Unificirung der italischen Bevölkerung zum Abschluß bringen halfen.

Fast überall, wo Rom später erobernd auftrat, hatte es vorher schon seine diplomatische Hand im Spiel: so in Aegypten (z. B. 162) und Numidien (z. B. 152. 148); mit Byzanz ebenso wie mit Rhodos, welches lange Zeit das diplomatisch vermittelnde Haupt einer förmlichen Hansa griechischer Küsten- und Handelsstädte war, entwickelten und erhielten sich freundschaftliche Beziehungen,[7] die Rhodische Marine kam den Römern in vielen Kämpfen zu Statten (schon im syrischen Kriege 191) und betrieb die Säuberung des Mittelmeers von Seeräubern, ehe die Römer selbst, welche vorher nur einzelne vorübergehende Male, z. B. unter Q. Caecilius Metellus i. J. 123 gegen die balearischen Seeräuber, vorgegangen waren, entschieden und mit dauerndem Erfolg unter Metellus Creticus (69) und Pompejus (67) einschritten.

Errichtung von Heerstraßen, welche die Reichsfestungen verbinden sollten, aber zugleich Verkehrsbahnen wurden, ließen sich die Römer frühzeitig angelegen seyn. Die erste Kunststraße, welche die Apenninen überstieg und die beiden italischen Meere verband, die *via Flaminia*, ward schon im Jahre 220 ausgeführt; namentlich seit der Gracchenzeit begann das Straßenbausystem sich im Großen zu entwickeln: durch Anlegung der *via Aemilia* (187), *Cassia* (171), *Aurelia* (um dieselbe Zeit?) und *Postumia* (148) wurde das norditalische Straßennetz vervollständigt,[8] und „um Christi Geburt haben wir das ganze weite Römerreich, von den Säulen des Hercules bis in die Euphratländer und bis an die Catarracten des Nil, gleichsam mit einem Straßennetz überdeckt zu denken, das Tausende von Miliensteinen ausspannten und festhielten.“[9]

§ **155**.[1] In dieser Periode vollendete sich die Latinisirung der italischen Völkerschaften (etwa mit Ausnahme der Hellenen). Im Verlauf des zweiten punischen Kriegs hatte sich die Bedeutung der latinischen Nationalität auf Kosten der Etrusker und Sabeller erweitert, und es trat seitdem die gesonderte Stammesart der übrigen Italiker mehr und mehr zurück. Rom's Strafgerichte an den abgefallenen Völkerschaften decimirten die Zahl der Nichtlatiner außerordentlich, und „die Besiegung Hannibals ward als eine zweite Unterjochung Italiens empfunden“. Je weiter sich nun die Kriege von Italien entfernten, und je lebhafter in dem beruhigten Italien der Verkehr nach dem zweiten punischen Kriege aufblühte, um so inniger verknüpfte sich das Interesse aller Theile der Halbinsel mit demjenigen ihrer Hauptstadt. Der Bundesgenossenkrieg (91—88) hatte eine beträchtliche Ausbreitung des Röm. Bürgerrechts zur Folge, Italien ward gleichsam nochmals erobert, und die durch die ganze Halbinsel wüthenden Bürger-

kriege, erst des Sulla, dann des Cäsar und des Octavian, trugen das ihrige bei, die alten particulären Nationalitäten und Sprachen vollends zu verwischen. Römische Sitte und Sprache drangen überall hin, und zu August's Zeit war es schon so weit gekommen, daß Strabo die Wohnsitze der Lucaner, Bruttier und Samniter nicht mehr sicher anzugeben wußte.[10]

Auch in den Provinzen machte sich das Römerthum geltend, doch schonten die Römer den *mos provinciarum*, und mit Gewalt haben sie nirgends fremdes Volksthum ausgerottet, außer wo ihre Herrschaft durchaus nicht anders aufrecht erhalten werden konnte, wie z. B. theilweise in Spanien, Norditalien und Afrika.[11] Manche Völker, z. B. die südlichen, schon durch die griechischen Pflanzstädte an fremde Art gewöhnten Gallier, ergaben sich leichter als andere einer freiwilligen, stillen und friedlichen Romanisirung. „Die keltische Nationalität vermochte bei Weitem nicht den Widerstand zu leisten, wie die civilisirten Sabeller und Etrusker; Polybios (um 160 v. Chr.) versichert, daß in Norditalien nur noch wenige Dörfer unter den Alpen keltisch geblieben seien"; Norditalien bis an den Po war mit dem italischen Reich völlig verschmolzen.[12] Auch die in Karthago centralisirte semitische Cultur, schon durch die Lybier vielfach eingeschnürt und verkürzt,[13] leistete auf die Dauer dem Römischen Geiste keinen Widerstand. Nur die weit bedeutendere ideale Kraftfülle, welche dem Hellenismus inwohnte, und zur Zeit der politischen Unterwerfung der hellenistischen Staatenwelt unter Rom's hier überaus höfliches Scepter noch bei Weitem nicht erschöpft war, erschmeichelte vom Sieger Anerkennung und führte einen Verschmelzungsproceß herbei, in welchem beide Theile sowohl gaben als empfingen.*

§ **156**] Die Hellenen wurden die Lehrmeister Rom's in allen Künsten und Feinheiten der Civilisation; mit den freieren Lebensanschauungen und Lebensformen des Ostens kamen Reichthum und Luxus nach Rom und machten das Leben und den Verkehr in aller Art reichlicher und verwickelter. Rom wuchs zur Weltstadt heran und ward ein natürlicher Mittelpunkt großartiger weitverzweigter Speculationen. Die Geldwirthschaft fand übermäßige Nahrung infolge der in Rom zusammenströmenden Abgaben der Provincialen, sowie der fast unermeßlichen Beute aus den makedonisch-asiatischen Kriegen: aus dem Kriege gegen Antiochus und Perseus wurden allein gegen 30 Millionen Thaler gewonnen, das Vermögen des reichsten Römers in der Gracchenzeit (P. Crassus) ward auf 100 Mill. Sest. (= $7^1/_2$ Millionen Thaler) geschätzt, 3 Mill. Sest. (= 228,000 Thaler) galt jetzt als mäßiges senatorisches Vermögen; zu Sulla's Zeit hinterließ M. Crassus nach Bestreitung ungeheurer Ausgaben ein Vermögen von 170 Mill. Sest. (= 13 Millionen Thaler), und damals zählte man in der Hauptstadt gegen 150 hundertpfündige silberne Prachtschüsseln, während noch nicht 200

*) s. Excurs III. zu diesem Kapitel.

Jahre vorher karthagische Gesandte darüber gespottet hatten, daß es in ganz Rom nur Ein silbernes Tafelgeschirr gäbe.[14]

Peregrinen aus allen Völkerschaften und Rassen des Erdkreises fanden sich in Rom, Puteoli und Bajae zusammen,[15] sie trugen zur Erhöhung des Glanzes der Weltstadt bei. Das Proletariat daselbst, durch die Demagogen künstlich genährt, begann in schreckenerregendem Maße anzuschwellen. Fast alle Barbarenvölker stellten durch Vermittelung der überseeischen Sklavenmärkte ihr Contingent an Sklaven* für Italien, und begreiflicherweise steigerte diese Luxussklaverei die socialen Gefahren des Proletariats in unerhörtem Grade. Der allmähliche Uebergang vom kleinen Grundbesitz zu den großen Gütercomplexen heischte Sklavenwirthschaft im Großen.[16] So geschah es, daß den Römern neben der Eifersucht der bis dahin freien Völker Italiens mehr als ein Mal die Widerspenstigkeit der Sklavenmassen lawinenartig anwachsende Gefahr bereitete. Den in der Noth des zweiten punischen Kriegs gebildeten Sklavenlegionen, welche sich unter Tib. Gracchus sen. ausgezeichnet hatten, war von diesem im Namen des Römischen Volks Freiheit und Bürgerrecht verliehen worden (214), aber daneben veranlaßten die in Sicilien, Sardinien und Spanien geführten Kämpfe, sowie die Wiedereroberung Capua's (211) und Tarents (209) zahlreichen Massenverkauf der Unterjochten in die Sklaverei.[17] Die gefährlichen Folgen der Massensklaverei blieben nicht aus: in Apulien wurde 185 „eine im größten Maßstabe angelegte und mit dem Bachanalienwesen sich verzweigende Sklavenverschwörung entdeckt und gegen 7000 Menschen criminell verurtheilt"; zur Zeit des numantinischen Kriegs entbrannte in Sicilien eine Sklaveninsurrection (135—132), welcher nicht lange nachher ebendaselbst eine zweite Erhebung folgte (104 — 101); weit gefährlicher noch war der vorzugsweise s. g. Sklavenkrieg (73—71), welcher in Mittelitalien selbst ausbrach und nur mit größter Anstrengung niedergeschlagen werden konnte.

Uebrigens bildete der Sklavenstand einen wichtigen Factor des allmählich erblühenden künstlerischen und gewerblichen Verkehrslebens, denn es gab nicht bloß ungebildete Sklaven aus den Barbarenstämmen, welche, nur für niedere Beschäftigungen brauchbar, dem äußeren Glanz der vornehmen Römer zur Folie und den großen Grundbesitzern als Arbeitsinstrumente statt der Maschine dienten, sondern auch feingebildete und talentvolle Sklaven aus den hellenistischen Grenzvölkern, welche griechische Sprache, Kunst und Literatur nach Rom verpflanzten und geschätzte Organe der industriellen und merkantilen Speculation im höhern Styl wurden (vergl. z. B. *fr. 15. § 1. D. de usufr. 7, 1*).

§ 157] Literatur ist die Schriftwelt, in welcher eine Nation aus freiem Drange des Selbstobjectivirens ihre innere Geisteswelt abspiegelt: zu einer Literatur in diesem Sinne gelangte Rom erst in der dritten Periode, und auch hier waren die Hellenen die Lehrmeister ihrer

*) s. Excurs V. zu diesem Kapitel.

Ueberwinder. Zwar schrieben die ältesten namhaften Dichter (Epiker) Rom's, Gn. Naevius aus Campanien († 204 oder 194?) und Q. Ennius aus Calabrien († 169) in lateinischen Versen: bei allen Völkern geht ja die gebundene Rede der ausgebildeten Prosa voran; aber Q. Fabius Pictor (Röm. Abgesandter an das Delphische Orakel, 216) und L. Cincius Alimentus (Prätor 210), die ersten Prosaiker der Römer (jener aus patricischer, dieser aus plebejischer Familie), bedienten sich zu ihren in alter Zeit berühmten Geschichtswerken (ausschließlich?) der griechischen Sprache, obgleich diese Sprache zu ihrer Zeit unter Römern noch ein Vorrecht weniger Gebildeter war; nicht die Absicht, das Interesse der Griechen anzuregen, sondern die damalige Unbeholfenheit der lateinischen Sprache bedingte diese Wahl. M. Porcius Cato, welcher erst im Greisenalter († 149) seine *Origines* schrieb, wohl das bedeutendste Werk über die Ursprünge des altitalischen Städtewesens überhaupt, war der früheste Römische Prosaiker.[18] — Jener Fabius, welcher der Vater der Röm. Geschichtschreibung genannt worden ist, war der jüngere Zeitgenosse des Tib. Coruncanius, welcher der Vater der Röm. Rechtswissenschaft genannt werden könnte: beide gehören dem Beginn dieser Periode an und leiten sie gewissermaßen ein. Beider Zeitgenosse, der griechische Tarentiner und später Röm. Bürger Liv. Andronicus (272—207) schrieb das älteste Röm. Schulbuch und begründete das Röm. Drama; i. J. 240 ward das erste Schauspiel auf der Röm. Bühne aufgeführt.[19] Nur allmählich und schwerfällig — sehr erklärlich in einer Nation handelnder Männer — entwickelte sich die Röm. Literatur, welcher erst Cicero das Gepräge geistiger Freiheit in Form und Stoff gab, eben um dieselbe Zeit, wo auch speciell die juristische Literatur durch das Verdienst des Mucius Scaevola, Cicero's Freund, einen wichtigen Schritt vorwärts in den Raum freien Denkens that.

§ **158**] Mit der Ausbreitung der Röm. Bürgerschaft über alle Striche des italischen Gebiets und der allmählichen Aufnahme des größern Theils der italischen Bewohnerschaft in den Rahmen des Röm. Bürgerrechts befestigte und erweiterte sich der Begriff des Röm. Stammlands: schon im Anfang dieser 3. Periode, officiell vielleicht zum 1. Mal i. J. 210, als es sich im Senat um die Wahl des Dictator Fulvius handelte (Liv. 27, 5), ward der Begriff des *ager Romanus* dahin formulirt, daß seine Grenzen diejenigen des italischen Continents seien, und seitdem gestaltete sich der Dualismus des italischen und des provinziellen Elements zu einem socialpolitischen Grundsatz der Röm. Gesammtwelt, welche wir dann bei Cicero mit dem *Orbis Terrarum* identificirt finden.

Unter den menschenvernichtenden Kriegen der alternden Republik ist es schwer, den Fortschritt der Bevölkerungsziffer* zu constatiren, jedenfalls ist er kein ebenmäßiger gewesen. Dies ist gewiß, daß am Anfang dieser Periode, wo noch die alte Volkskraft nicht erschöpft war, und der neue sittenverderbende und familienauflösende Luxus nicht

*) s. Excurs V. zu diesem Kapitel.

alle Schichten durchdrungen hatte, Rom dem Höhepunkt der Bevölkerungsblüte nahe stand: wenn es wahr ist, daß zwischen dem 1. und 2. punischen Kriege die Gesammtzahl der zum Waffendienst verpflichteten Italiker fast 800,000 betrug, so kann die damalige Seelenzahl derjenigen des heutigen Italiens schwerlich nachgestanden haben. Bald begann allerdings das Sinken der Volkskraft, und die Sklavenbevölkerung wuchs, wie die freie sank.[20]

§ **159**] Die ständische Gliederung innerhalb der eigentlichen Bürgerschaft hatte nach dem Schwinden des alten ethnisch-socialen Gegensatzes von Patriciern und Plebejern (*gens* und *plebs*) sich zu einem neuen mehr willkürlichen oder künstlichen politischen Gegensatz umgestaltet: indem die vornehmen Plebejerfamilien sich den Zugang zu der vollen Aemterscala erstritten hatten und nun mit dem Reste der Herrengeschlechter gemeinsame Sache machten, grenzten sie wie von selbst sich zusammen gegenüber der von der höheren Aemtersphäre ausgeschlossenen niederen Masse ab. Plebejer im neuen Sinn waren die außerhalb des Kreises des hohen erblichen Amtsadels (*nobilitas*) stehenden Bürger, denen zwar nicht das Gelangen in den Senat, aber jeder erhebliche Einfluß in demselben versagt war. So ward der Senat wesentlich der Träger und Mittelpunkt der Nobilität, daneben aber die Ritterschaft, die sich immer aus den Senatorenfamilien oder „curulischen Häusern“ ergänzend im Heere eine Sonderstellung zu erringen wußte, ein thätiges Organ derselben.*

Die Elemente dieses neuen ständischen Organismus entbehrten freilich der naturwüchsigen Stetigkeit; es war kein gewachsener Boden, auf welchem dieser Bau errichtet war: daher das fortwährende Schwanken und Umbilden und die fast unausgesetzte Wirrniß. Die Ritterschaft bildete sich zu einem Stande um, welcher in gewisser Beziehung gleichsam den Senat mit dem Volke zu vermitteln schien, aber mehr und mehr durch Aufnahme der reichen Speculanten in Widerspruch zur regierenden Aristokratie gerieth, durch Stellung der Steuerpächter und Bankiers dem großen Capital genossenschaftliche Bahn eröffnete und so den Schwerpunkt des Staatswesens allmählich in die Sphäre der materiellen und egoistischen Interessen herabzog.[21]

§ **160**] Mit dem beginnenden Verfall des Heerwesens, aus welchem der Bürgerstand sich mehr und mehr zurückzuziehen suchte, und mit dem Eindringen der materialistischen Speculation in alle Kreise der politischen Thätigkeit[22] mußte der nationale Gesellschaftskörper Rom's eine völlig neue Haltung annehmen, und es war nicht zu verwundern, daß die während dieser Lebensspannung unaufhörlich mit einander ringenden Mächte der oligarchischen Optimaten und der demagogischen Popularen, diese jüngsten Parteigebilde, in welche der vorige Gegensatz sich aufzulösen begann, ohne staatsmännische Capacitäten und ohne politische Principien, wie sie waren, den Staat in unaufhörliche

---

*) s. Excurs VI. zu diesem Kapitel.

Revolutionen der heftigsten und schrecklichsten Art verwickelten. Es folgten sociale und politische Krisen so athemlos aufeinander, daß zuletzt nur durch den genialen Egoismus oder das egoistische Genie eines Einzigen das atomistische Leben gewaltsam zusammengekittet und der allgemeine Auflösungsproceß noch eine Zeit lang gehemmt werden zu können schien. Von Scipio Aemilianus und Tib. Gracchus zu Marius (oder Cinna oder Sertorius) und Sulla, weiter zu Pompejus und Cäsar, endlich aber zu Antonius und Octavianus sind ebensoviele hart aneinander gefügte Stufen in der Scala der werdenden kosmopolitischen Monarchie.

Literatur: 1) Mommsen R. Gesch. I. S. 562. — 2) Ders. I. S. 624. 633. — 3) Ders. I. S. 709. — 4) Ders. I. S. 670. 671. — 5) Ders. I. S. 677. — 6) Ders. II. S. 350. — 7) Ders. I. S. 702. 712. 740. — 8) Ders. I. S. 565. 677. 678. II. S. 42. 166. 173. 395. — 9) K. L. Roth i. d. Jahrb. d. Vereins von Alterthumsfreunden im Rheinlande, 15. Jahrg. (Bonn 1860) S. 1. 16. — 10) C. Hegel Gesch. d. Städteverfass. v. Italien I. S. 14. v. Bethmann-Hollw. R. Civilproc. II. S. 9. Mommsen Unterital. Dialecte S. 113ff. Marquardt R. Alterth. III. 1. S. 46. — 11) s. z. B. Mommsen R. Gesch. I. S. 565. — 12) Ders. I. S. 674. 676. — 13) Ders. I. S. 685. — 14) Ders. I. S. 506. 806. II. S. 402. 410. III. S. 13. — 15) Ders. II. S. 401. Voigt D. *jus naturale* u. *gentium* d. Römer II. S. 594. — 16) Mommsen R. Gesch. I. S. 852. II. S. 76. — 17) Ders. I. S. 647. 651. 653. 665. 678. 689. 786. 870. II. S. 12. 17. 37. 49. — 18) Bähr Gesch. d. Röm. Literatur (3. Aufl. 1845) S. 9—200. Bernhardy Grundriß d. Röm. Literatur (2. Aufl. 1850) S. 520—579. Nägele Studien über altital. u. Röm. Staats- u. Rechtsleben (1849) S. 323—417. Schwegler R. Gesch. I. S. 74—115. Mommsen R. Gesch. I. S. 914. — 19) Ders. I. S. 897. — 20) Ders. I. S. 869. II. S. 82. 100. — 21) Ders. I. S. 796—9. Lange R. Alterthum II. S. 333. — 22) Vergl. die Schilderung des Crassus bei Mommsen III. S. 13. —

XX. Kapitel.

II. Politische Verfassung.

I. Rom.

§ **161**] Das Leben des Röm. Staatsorganismus bestand, wie wir wissen, in dem Ineinandergreifen der *vox* (*jussus*) *populi*, der *senatus auctoritas* und der *magistratuum potestas*.* Von allen drei Factoren gilt nun, daß sie in dieser Periode weniger eine eigentlich staatsrechtliche Umbildung und äußere Umgliederung erfahren, als daß ihre Wirksamkeit sich infolge neuer Constellationen factisch ändert und innerlich verschiebt.

Die Comitien in einer Reihe einzelner Anläufe erheben sich fast zum Extrem demokratischen Regiments, hören aber auf, im großen Styl staatgestaltend zu wirken. Der Senat, in keinem Punkte mehr sicher vor rücksichtslosestem Eingriff der Comitien einerseits und vor verachtendem Widerstand der herrschenden Parteihäupter anderseits, sammelt doch in seiner geschulten Hand factisch fast alle Zügel des regelmäßigen Regiments, büßt aber ebenso an Energie, Geschlossenheit und

*) s. oben Cursus § 106 u. die Excurse zu § 75—79. S. 75.

Kraft staatsmännischer Impulse ein. Die Magistratur, vervielfacht durch Gliederung und immer mehr abgehoben von dem Nahrboden der staatsmännischen Familien, weiß die Comitien zur Handhabe zu machen, und spielt die eigentlich schöpferische Initiative des Staatslebens immer mehr in die Hände von einzelnen hervorragenden Parteihäuptern; in kühnen Windungen zwischen den Ansprüchen des vornehmen Senats von der einen und denen der reichen Ritterschaft von der anderen Seite hindurch gelangt sie auf die Bahn, welche durch die *dictatura perpetua* hindurch zum *imperium perpetuum* überführt.

§ **162**] In der vorigen Periode ward Italien militärisch unterworfen, in dieser wird es staatlich einverleibt: Italien ist das erweiterte Rom geworden; das ist das Eine. Das Andere aber ist, daß Rom außerhalb Italien neben den verbündeten Clientelstaaten einen ganz neuen staatsrechtlichen Typus in den unterworfenen überseeischen Provinzen schafft, d. h. den Ländern, welche nicht einverleibt, sondern annectirt werden. Die Provinzen sind die publicistischen Reflexe der Peculien des Privatrechts: wie die italischen „*provinciae*“ der Consuln und Prätoren den Peculien Römischer *filiifamilias*, so entsprachen die außeritalischen Provinzen den Peculien Römischer Sklaven.

Aber das Römische Reich ward ein politisches *latifundium*, und die unterworfenen Filialsphären entwickelten in ihrer peripherischen Eigenart eine Kraft des Rückschlags, welche auf das Centrum überwirkte und ihm die wichtigsten Neuerungen abgewann. Ohne die Provinzen hätten die meisten Parteihäupter in der Luft geschwebt; das schlotternde Gewand der Provinzen verlangte einen monarchisch geschlossenen Willen, der es fest um sich zu gürten verstand, und nur durch dieses drängende Bedürfniß von der Peripherie gewann es das zerrüttete Centrum des Römerthums über sich, der Hand eines Monarchen sich zu überlassen.

§ **163**] Der breite Grundbau der Comitien strahlte noch oft genug durch seine frappanten Eingriffe in den augenblicklichen Gang des Staatslebens; aber der geregelte Instinkt des alten *populus Romanus*, der durch häufige Massenfreilassungen und Massenaufnahmen immer flüssiger und weicher ward, löste sich in wogende Stimmungen auf, und es zeigte sich bald, daß jener Grundbau unterwühlt und zerwaschen war. Die Comitienreform, die, wie es scheint, am Anfang dieser Periode unternommen ward, mag zweckmäßig gewesen seyn, konnte aber den Verfall höchstens aufhalten, nicht verhindern.

Die Curien lagen in den letzten Zügen, sie waren eine ehrwürdige Ruine; an ihrem Untergang vornehmlich wird man auf dem Boden des Staatsrechts gewahr, daß der nationale Hauch des Sacralwesens erstorben ist. Recht und Staat werden in dieser Periode völlig profane Institutionen. Die erobernden Parteihäupter, welche den Thronen der Götter zustreben, finden diese leer. Nur zur Ertheilung des *imperium* (an die oberen Magistrate) und zur Prorogirung desselben (an die Provinzialregenten) kamen die *comitia curiata* noch zusammen, in Gestalt

von 30 Lictoren nebst 3 Augurn: in dieser Weise bestanden sie fort jedenfalls bis in Cicero's Zeit: *Cic. de leg. agr. 2, 12; ad Att. 4, 18, 2.* Ihre politische Bedeutung war fast auf Null reducirt, und nur für Acte des Privatrechts behaupteten sie noch eine practische Wichtigkeit, die ihnen das Leben fristete. Dies galt namentlich für die *arrogatio* eines *homo sui juris*, die freilich oft genug in politischem Interesse vorkam und so den ursprünglich politischen Zusammenhang der Comitien zu bewahren schien; Arrogationen behufs der *transitio in plebem,* wodurch ein Patricier die Plebität, d. h. die Fähigkeit zum Volkstribunat erwarb, kamen wohl seit dem 2. punischen Kriege nicht selten vor (*Cic. Brut. 16; Liv. 4, 16; Suet. Aug. 2; Dio Cass. 42, 29*), umgekehrt aber die Cooptation eines Plebejers nie. So war der alte Patriciat zu einem stolzen und engen Königssee, die hochgehende Flut der Plebs zum mächtigen Strom geworden, auf welchem Cäsar endlich in den Hafen des Königthums trieb: er zuerst ließ sich durch eine *lex Cassia* ermächtigen, durch Cooptation Plebejer in den patricischen Stand zu erheben.[1]

§ 164] Infolge der beträchtlichen Umgestaltungen sowohl in der Heerorganisation, als in den Vermögenszuständen und Standesverhältnissen mußte sich das Bedürfniß zeigen, die äußere Centurienordnung umzuschaffen und mit dem Abstimmungsverfahren eine durchgreifende Veränderung vorzunehmen. Ein entscheidender Schritt geschah auch in dieser Richtung: es ist die s.g. Reform der Centuriatcomitien, aber streitig ist, in welchen Zeitpunkt sie fällt.* Wahrscheinlich hat sie innerhalb des Zeitraums 241—218, also im Anfang unserer (3.) Periode, genauer angesetzt: vielleicht 241 stattgefunden, d. h. in der Censur des Aurel. Cotta und Fabius Buteo, in welcher die vermehrte Tribuszahl zum endgiltigen Abschluß kam, die jüngste Tribus den bedeutungsvollen Namen Quirina empfing[2], und außerdem durch Reduction des Münzfußes der Census wesentlich verändert wurde. Die Reform selbst bestand, wie aus den beiden Hauptstellen (*Dion. 4, 21* und *Liv. 1, 43*) entnommen wird, darin, daß zwar die Centurien mit ihren Gruppirungen in *equites, seniores* und *juniores,* sowie die 5 Classen bestehen blieben, daß aber einmal auf sie der Grundsatz der Erloosung der Prärogative (*sortitio praerogativae, Cic. Phil. 2, 33; Liv. 24, 7*) übertragen, d. h. die Bestimmung einer einzelnen *centuria praerogativa* durch jedesmaliges Loosen an Stelle der ständigen Prärogative der 18 Rittercenturien eingeführt wurde, und sodann, daß nun die Tribus in eine innerliche und organische Verbindung mit den Centurien gebracht wurden. Zwischen beiden hatte schon immer die äußere Verbindung bestanden, daß die *descriptio centuriarum* auf Grundlage der Tribusregister angefertigt wurde**: von nun an aber war die Gliederung der 35 Tribus in der Art auf die Centurienordnung übertragen, daß jede Tribus für diese in 2 Hälften (*seniores* und *juniores*) zerfiel, und die Centurien dabei als Theile der Tribus erschienen (*Cic. pr. Planc. 20, 49*); seitdem konnte

*) s. Excurs I. zu diesem Kapitel. **) s. oben § 77.

der Aufruf zum Abstimmen (*centurias ad suffragium vocare: Liv. 10, 21*) auch mit *tribus vocare* (*Suet. Caes. 80*) bezeichnet werden. Zugleich muß hierbei die servianische Centurienzahl eine Veränderung erfahren haben, und zwar (nach der jetzt vorherrschenden Meinung) eine Vermehrung: die Zahl der Centurien in den 5 Classen war jetzt eine gleiche, und Classen wie Centurien waren jetzt Unterabtheilungen der 35 Tribus, deren jede je 2 Centurien der 5 Classen enthielt. Es ergibt sich hieraus, unter Hinzurechnung der jedenfalls beibehaltenen 18 Rittercenturien, sowie der 4 alten Beicenturien und der *centuria capite censorum* die Zahl 350 + 23 = 373 Centurien in der neuen Ordnung.

Diese Ordnung, deren demokratische Tendenz unzweifelhaft ist, erhielt sich, einige unbedeutende Veränderungen und den Restaurationsversuch des Sulla abgerechnet.[3]

§ **165**] Die Tributcomitien bestanden neben den reformirten Centuriatcomitien fort. Ihr numerisches Princip der völligen Gleichheit des Stimmrechts innerhalb der Tribus und wieder aller einzelnen Tribus neben einander erlitt nur darin eine factische Ausnahme, daß durch Anhäufung des städtischen Proletariats das Stimmrecht der Tribulen der 4 Stadttribus an persönlichem Einfluß verlor. Die oft wiederholten und nicht immer ganz erfolglosen Versuche, jene städtische Tribulenmasse auf die *rusticae tribus* zu vertheilen, verschafften den ochlokratischen Elementen einen gefährlichen Eingang in die Tributcomitien.[4]

Die Tribut- und die Centuriatcomitien näherten sich einander immer mehr in ihrer ganzen Art und Weise. Die militärische Form fehlte den Tributcomitien von jeher, und die alte Sitte, zu den Centuriatabstimmungen in militärischer Rüstung zu erscheinen, dürfte seit der Comitienreform abgekommen seyn. Das demokratische Princip der *sortitio praerogativae* ward auch auf die Centuriatcomitien übertragen. Die neue, mit der Comitienreform zusammenhängende Einrichtung des Abstimmens in festen Schranken (*saepta*) auf dem *campus Martius* galt beiden Arten der Comitien; das Einsammeln der (mündlichen) Stimmen geschah durch Eintritt der Stimmkörper über einen Steg (*pons*), an welchem der *rogator* postirt war. Als unter dem Einflusse der demokratischen Partei zum Schutze der unabhängigen Ueberzeugung die schriftliche, d. h. geheime Abstimmung durch die *leges tabellariae* durchgesetzt ward, geschah es ohne Unterscheidung der beiden Comitienarten. Diese neue Abstimmung ward mittels Stimmtäfelchen (*tesserae, tabellae*) bewirkt, indem (nicht bloß bei legislativen Versammlungen) an jeden Stimmenden zwei solche — die eine mit V R d. h. *uti rogas*, die andere mit A d. h. *antiquo* bezeichnet — vertheilt wurden (*Cic. de legib. 3, 4; Phil. 11, 8; ad Att. 1, 14; de off. 2, 21*)[5].

Seitdem durch die *lex Hortensia* (287) die Tributcomitien dem patricischen Kalender und mithin dem Einfluß der Pontifices unterworfen waren, konnten jene, ebenso wie die Centuriatcomitien, nur an den *dies comitiales* gehalten werden: eine Beschränkung, welche mit der

Vermehrung der Festtage und mit der seit den punischen Kriegen bedeutend vermehrten Zahl der Tage der *ludi* zunahm.[6] In der letzten Zeit der Republik gab es zwar immer noch ungefähr 190 *dies comitiales*, aber auch diese waren nicht jederzeit brauchbar und durch Ansetzung von *feriae* umstößlich.

§ **166**] Die Competenz der beiderlei Comitien anlangend, so bestand diese, abgesehen von der richterlichen Thätigkeit in Criminalsachen* für die Magistratswahl und die Gesetzgebung. In beiden Beziehungen ergänzten sich die Centuriat- und Tributcomitien wechselseitig. — Die Wahlcompetenz der ersteren erweiterte sich nur insofern, als die Zahl der Prätoren, welche zu den in den Centurien zu wählenden Beamten gehörten, wuchs, dagegen diejenige der Tributcomitien nicht bloß äusserlich durch das Wachsen der Quästorenzahl, sondern namentlich auch dadurch, daß sie seit 207 sämmtliche 24 Militärtribunate durch Wahl besetzten (Liv. 27, 36): was wegen der Bedingtheit der höheren Aemterlaufbahn durch das Militärtribunat wichtig war, sowie endlich dadurch, daß sie selbst auf die Besetzung einiger Priesterämter Einfluß gewannen. Trotz dieses Emporglimmens der Tribus auf der Staffel des Demokratismus ist es aber doch nie dazu gekommen, daß gewählte Magistrate durch Volksbeschluß wieder abgesetzt worden wären, und überdieß lag ein bedeutendes Temperament in dem Cassationsrecht des Senats und des Augurencollegiums, welche wegen religiöser *vitia creationis* zur Abdankung zwingen konnten und deshalb von Cicero (*de republ. 2, 10*) als *duo firmamenta reipublicae* bezeichnet worden sind.[7]

Das Recht der Centuriatcomitien, die Kriegserklärung bei Angriffskriegen gutzuheißen oder abzulehnen (*lex de bello indicendo*), hat sich nie zum Rechte der Mitwirkung bei völkerrechtlichen Acten andrer Art, z. B. bei Friedenschlüssen und Verträgen, erweitert; es blieb zwar formell anerkannt, verkümmerte aber im Ausgange der Republik völlig (*Cic. in Pis. 21, 48; Dio Cass. 38, 41*). Ihre civilistische sowie publicistische Legislationscompetenz war schon frühzeitig ganz dazu angethan, durch die Tributcomitien absorbirt zu werden**; Verfassungsgesetze gingen von ihnen nicht mehr aus, bis auf Sulla, welcher zur Legalisirung der ihn mit dictatorischer Vollmacht ausstattenden *lex Valeria* i. J. 82. die Centurien aufrief; die *leges Corneliae* Sulla's, die übrigens nicht eigentliche Verfassungsgesetze waren (*Cic. pr. dom. 30, 79*), und vielleicht auch die *leges Juliae* Cäsars (*Cic. Phil. 1, 8, 19?*) waren Tributbeschlüsse. Nur der Senat scheint gerade in der letzten Zeit der Republik die Centuriatcomitien bei der Gesetzgebung vorgezogen zu haben, ohne daß aber daraus eine feste Praxis sich entwickeln konnte (*App. bell. civ. 3, 30; Cic. Phil. 10, 8, 17*). Da nun auch die unverändert wiederholte *lex centuriata de potestate censoria* zur bloßen Formalität herabgesunken war, so konnte überhaupt kaum noch von einer

*) s. Excurs I. zu § 132—150. **) s. oben § 107.

legislativen Function der Centurien geredet werden: die *leges de bello indicendo* und *de potestate censoria* mußten freilich ebenso wie die *creatio magistratuum cum imperio* ihnen verbleiben, allein die Centurien waren dabei durchaus von der Initiative der Magistrate und des Senats sowie vom Herkommen abhängig: ohne jene staatsrechtliche Nothwendigkeit wären sie für die Legislation ganz überflüssig gewesen.[8]

Die Tributcomitien, die seit der *lex Hortensia** das ganze Gebiet der Gesetzgebung beherrschten, erhielten sich in dieser Competenz theoretisch bis zum Untergange der Republik.[9]

§ **167**] Namentlich in der Ausartung der Tributcomitien zeigt sich der allmähliche Verfall der Legislative der Comitien überhaupt. Diese Ausartung war eine theils innerliche, theils äußerliche und bestand darin, 1) daß seit dem 2. punischen Kriege immer häufiger Ausnahmen von den Gesetzen (*privilegia*) legalisirt, die *leges* von den *privilegiis* überflutet und die Gebiete der Gesetzgebung, der Wahlen und der Gerichtsbarkeit von Neuem vermischt wurden; *jamque non modo in commune, sed in singulos homines latae quaestiones; et corruptissima republica plurimae leges* (*Tac. Annal. 3, 27*); 2) daß, wenn auch in der Regel die Ausübung der Legislative vom Senate abhängig blieb, doch die Durchsetzung von Plebisciten gegen den ausgesprochenen Senatswillen häufiger ward: das erste Beispiel davon war die *lex agraria* des Tribun C. Flaminius i. J. 232, von welcher daher Polybius (2, 21) den Verfall der Verfassung datirt; ein zweiter Hauptfall war die *lex agraria* des Tib. Gracchus i. J. 133, womit der Kampf zwischen Optimaten und Popularen angeregt ward; die eigentliche demagogisch-ochlokratische Periode aber begann mit der *lex agraria* des L. Appulejus Saturninus i. J. 100, welcher einen Artikel durchsetzte, daß der Senat innerhalb 5 Tagen seine Unterwerfung unter diese *lex* beschwören müsse.[10]

Seitdem hatte der Senat auf die Gesetzgebung nur den Einfluß, welchen die Parteiführer ihm zu lassen für gut fanden, während das Volk nicht minder sich den Händen der Parteihäupter überließ. Auch hierin bildete die Restauration des Sulla durch seine *lex de tribunicia potestate*, welche die Senatsautorität für die Legislative rehabilitirte, eine nur kurze Pause. Seit der Dictatur Caesars i. J. 49 ward aber die legislative Competenz des Volks samt der Mitwirkung des Senats überhaupt werthlos.

§ **168**] Ueberdieß war der Verfall der Comitien durch äußere Umstände beschleunigt worden; er zeigte sich in dem immer schwächer und ungleicher werdenden Besuche der Versammlungen, welcher nicht bloß in Verringerung der Zahl der *dies comitiales*, sondern namentlich auch darin seinen Grund hatte, daß viele stimmberechtigte Bürger einen von Rom so weit entfernten Aufenthalt hatten, daß sie, auch wenn die Comitien an den günstigsten Tagen gehalten wurden, nicht nach Rom reisen konnten oder mochten: dieses Mißverhältniß zwischen dem

---

*) s. Excurse zu § 103—112. No. I. a. E. u. Excurse zu diesem Kap. No. II.

versammelten Stimmkörper und dem wirklichen Volke wuchs natürlich mit der Ausdehnung des Reichs und erreichte seine Höhe infolge der Verleihung des Bürgerrechts an die sämmtlichen Italiker, die es annehmen wollten, durch die *lex Julia* und *lex Plautia Papiria* (*90. 89*). Von nun an wurden die Comitien, besonders die Tributcomitien, immer mehr zu Versammlungen des hauptstädtischen Pöbels, der sich durch Zufluß unsauberer Elemente von allen Seiten verstärkte (*Sallust. Catil. 37*); es kostete ungewöhnliche Anstrengungen, um überhaupt noch, selbst in den Centuriatcomitien, eine einigermaßen ausreichende Repräsentation des röm. Volks zustande zu bringen, wie das die Stimmberechtigten aus allen Municipien und Colonien besonders einladende Senatsconsult bei der Zurückrufung Cicero's zeigt (*Cic. in Pis. 15., pr. redit. in sen. 10)*. In der Regel waren die Comitien schlechter besucht, als die Spiele (*Cic. pr. Sest. 59, 125*).

Da nun die Fragen der auswärtigen Politik, über welche seit dem 1. pun. Kriege die Comitien zu entscheiden hatten, meist zu verwickelt und hoch waren, als daß die versammelte Menge über sie ein eignes und klares Urtheil haben oder erlangen konnte, so schwand auch das sachliche Interesse an der Theilnahme, und um so leichter wurden die Comitien zu Werkzeugen der leitenden Magistrate, d. h. der jeweiligen Parteihäupter. In Cicero's Zeit war offene Bestechung üblich (*de dom. 33,89; ad Att. 1, 16. Sallust. Jug. 49*), welche durch *leges de ambitu* und *de sodaliciis* (Clubwesen) vergeblich bekämpft ward; Demagogen wie Clodius und Milo trieben mit bewaffneten Schaaren die von der Gegenpartei veranstalteten Comitien auseinander (*Cic. Phil. 1, 10; 5, 4; pr. Sest. 37*); die Auspicien, deren Berücksichtigung für den legalen Karakter der Comitien nothwendig war, boten nur noch zu Lug und Trug willkommnen Anlaß (*Cic. Phil. 2, 35; 3, 4; Plut. Cato min. 42*). Endlich ließ Cäsar das Recht, einen Angriffskrieg zu beschließen, zugleich mit dem den Tributcomitien zustehenden Rechte über Verträge und Friedenschlüsse, sich i. J. 48 förmlich übertragen, und die Kaiserzeit vollendete rasch diese Entleerung der Comitienverfassung.[11]

§ **169**] Der Senat* verlor in diesem wachsenden Wirrsal allgemach seine einst so glänzend bewährte und so lange behauptete Haltung; er zehrte bald nur von seinem alten Ansehn. Je nachdrücklicher das Bedürfniß eines energischen und consequenten Provinzialregiments ward, um so weniger zeigte sich der Senat dem gewachsen; durch massenhafte Tödtungen während der Greuel der Bürgerkriege und massenhafte Parteirecrutirungen wurde er entnervt und um das nationale Besitzthum lebendiger Ueberlieferungen gebracht. Mittelbar hervorgehend aus der Volkswahl der Magistratur hielt er sich nicht mehr über den Wogen der Volksstimmung und ward immer mehr zum Spielball der Parteien. —

Die Zusammensetzung des Senats[12] ward in dieser Periode eine

*) s. Excurse zu § 103—112. No. IV. (S. 109 ff.)

flüssigere dadurch, daß nach der *lex Atinia* (214?) auch die Volkstribunen Anrecht auf Senatorenstellen erhielten, die Zahl der ein gleiches Anrecht habenden Prätoren und Quästoren erheblich vermehrt ward, und daß zufolge einer *lex Cassia* (104) durch Volksverurtheilung von Magistraten diese unfähig für den Senat wurden. Hierin lag eine thatsächliche Beschränkung der *lectio censoria*, eine unmittelbar rechtliche aber darin, daß (vielleicht gleichfalls in Folge jener *lex Atinia*) die Censoren verpflichtet wurden, Ausstoßungen aus dem Senat durch *subscriptio censoria* ausdrücklich zu motiviren. So war die Vervollständigung des Senats, welche in den Censoren auf die nationale Tradition angewiesen gewesen war, immer mehr unter den Einfluß der wechselnden Volksstimmung gestellt und eine Gefahr heraufbeschworen, gegen welche die äußere Befestigung der Senatsordnung (Anerkennung einer *aetas senatoria* von 28 Jahren, und Aufstellung eines *census senatorius* von 1 Mill. As oder 400,000 Sest., was nämlich dem Rittercensus gleichkam) einen nur unvollkommenen Schutz gewährte. Als die Volksstimmung unter die Tyrannis der Parteihäupter kam, wurden diese zu Herren des Senats, wie das die Kämpfe in der Zeit des Marius, Sulla, Pompejus und Cäsar zeigen.

§ **170**] Die innere Thätigkeitsform des Senats hatte sich während dieser Periode — nachdem der alte Unterschied von *patres* und *conscripti* bedeutungslos geworden — dahin festgestellt, daß neben den vollberechtigten Senatoren in der Sitzung noch andere in Betracht kamen, nämlich 1) *ii quibus in senatu sententiam dicere licebat* d. h. alle höheren Beamten, welche vorher noch nicht dem Senat angehört hatten und nun bis zur nächsten *lectio senatus* nur factisch dem Senat hinzugerechnet wurden, und 2) die *senatores pedarii* d. h. die *magistratibus curulibus nondum functi*, welche sich factisch begnügten, *pedibus in alienam sententiam eundo* ihr Votum (also ohne motivirende Rede) abzugeben. Die höheren Magistrate waren übrigens während der Dauer ihrer Amtsführung in ihrem senatorischen Rechte suspendirt und konnten so lange nicht an dem Abstimmen (*sententiam dicere*) Theil nehmen. *Gell. 3, 18; 14, 7. 8. Cic. ad. Att. 1, 19; ad fam. 10, 16; Plin. 2, 11; Liv. 8, 20; 36, 3.* Unter den vollberechtigten standen an Rang zu unterst die *adlecti*, d. h. die durch freie censorische *lectio* hinzugewählten Senatoren (Paul. 7), zu höchst aber die *censorii*, deren ältester als *princeps senatus* für das jeweilige *lustrum* an der Spitze der Umfrage gehört zu werden pflegte (*Liv. 27, 11; Zon. 7, 19).*

Es häufen sich die Bestimmungen über die Präsenz der Senatoren in Rom und die Frequenz der Sitzungen (*Liv. 36, 3; 38, 44; Cic. de leg. 3, 4. Senatus frequentissimus* gegen 400 Anwesende), über zulässige Sitzungstage, über die Rangordnung bei der Umfrage (*rogatio*) und Abstimmung (*discessio*), und Alles dies mag beigetragen haben, dem Ansehn des Senats nach Außen hin ein gewisses Relief zu geben; lediglich in diesem Sinne kann zugegeben werden, was behauptet worden ist,[13] daß der Gipfelpunkt des Senats im 2. pun. Kriege liege; nur

der Schein der Gipfelung kann es seyn, welcher einem so raschen Verfall vorausging, wie er dann folgte; der Institution des Senats fehlte längst schon der innere Halt, als die Wogen der Parteikämpfe über ihm hinfluteten: insbesondere seit der Gracchenzeit wirkten die sittliche Entartung der Senatoren und das Wühlen der Popularen zusammen zum Sturze des Senatsansehns, welches Sulla (namentlich durch Einschränkung der tribunicischen Gewalt) auf die Dauer wiederherzustellen vergeblich unternahm. Cäsar aber vernachlässigte nicht bloß den Senat direct, sondern untergrub auch sein Ansehn durch zahlreiche Aufnahmen von Libertinen und eben erst mit dem Bürgerrecht beschenkten Provinzialen (besonders i. J. 45). *Suet. Caes. 41. 76. 80. Gell. 15, 4.*

In Sachen der Staatsreligion erhielt sich der fast gesetzgeberische Einfluß des Senats am bedeutendsten, wie das *Sctum de Bachanalibus* (196), das über die Bücher des Numa (181), über die chaldäischen Astrologen (139) und über die Heiligthümer der Isis und des Serapis beweisen. Der Einfluß auf die Verwaltung der Provinzen kam hinzu, und hier war es gerade, wo längere Zeit der Senat gewissermaßen die Rolle des *populus* selbst übernommen zu haben schien, und durch Bestimmung der *provinciae consulares* und *praetoriae*, durch seine Instructionen an die dorthin abgehenden Magistrate, sowie durch Verhandlung über Beschwerden wider dieselben einwirkte, indeß auch hier emancipirten sich die auf ihre Parteien gestützten Feldherren und Regenten zusehends, und Cäsar vollendete diesen Proceß der Entnervung.[14]

§ **171**] Mit dem gegliederten Aemterwesen als Ergebniß der vorigen Periode sind wir in die neue eingetreten. Was die Magistratur aber durch diese Theilung des *imperium* verlor, gewann sie von anderer Seite wieder durch den Hintergrund der nichtrömischen Bevölkerung Italiens und der Provinzen, welche in den anwesenden und militärisch ausgestatteten Landpflegern ihre eigentlichen Präfecten und Regenten erblickten. Das Consulat und das Volkstribunat wurden mehr und mehr zu Organen der Parteien, und die Bestimmung der Reihenfolge in der Bekleidung der Aemter namentlich durch die *lex Villia annalis* (180), die angestrebte Befestigung der Wahlscala, sowie die Beschränkungen des *ambitus* konnten dem einreißenden Mißbrauch nicht steuern.[15]

Nach Servilius Geminus (202) kam kein *dictator belli gerendi causa* mehr vor, statt dessen verstärkte der Senat in Zeiten besonderer Staatsnoth die Consulgewalt durch das *Sctum ultimum: Videant consules, ne quid res publica detrimenti capiat* (*Caes. bell. civ. 1, 5*), womit den Consuln auch für Rom selbst das *imperium summum* verliehen ward. Dem Prätor *(urbanus)* ward nach 247 ein College, der *praetor peregrinus,* gegeben, 227 die Zahl der Prätoren auf 4 (für Sicilien und Sardinien), 197 auf 6 (für *Hispania citerior* und *ulterior),* von Sulla auf 8, von Cäsar endlich auf 16 erhöht. Die Zahl der Quästoren ward noch vor dem 1. pun. Kriege (267) auf 8, von Sulla auf 20, endlich von Cäsar diese Zahl auf 40, und die Zahl der Aedilen (durch 2 *Ceriales* für

annona und *ludi Ceriales*) auf 6 erhöht. Die Censoren, deren *regimen morum disciplinaeque Romanae* zu hoher Autorität gelangt war, übten lange einen mächtigen Einfluß auf Magistrate, Senat und Privatleben, aber der Census, ihr Hauptgeschäft, verlor durch Ablösung des Kriegsdienstes von den *classes* die frühere Bedeutung und erlosch während der Bürgerkriege.[16].

§ **172**] Eine neue Institution war die durch das Anwachsen der großen Verwaltungskreise nothwendig gewordene *prorogatio imperii* der Proconsuln und Proprätoren, welche zuerst im 2. pun. Kriege regelmäßig vorkam[17] und factisch in der Hand des Senats lag. Man kann die *Magistratus populi Romani* vergleichen mit den *filiifamilias* im Hause eines Römers; wie aber ein Vater seinen Sohn mit factischer Selbständigkeit und einem *peculium*, namentlich behufs Verwaltung auswärtiger Güter, beschenken konnte, so mochte auch die Staatsgewalt (*lex curiata de imperio*) abtretenden Consuln oder Prätoren (auch wohl anderen Privaten) eine Competenz für ein bestimmtes Gebiet (im Bereiche der Provinzen) anweisen; streng genommen hatten sie zwar hier keine eigentliche *potestas* mehr, aber sie erschienen sogar mächtiger als die während ihrer Amtszeit in Rom verbleibenden Consuln, indem sie in ihrer Provinz auch die Gerichtsbarkeit übten (welche in Rom die Consuln den Prätoren überlassen mußten) und nicht durch das Veto eines Collegen oder Volkstribuns beschränkt waren.

Wie dieses Proconsulat, welchem die Proprätur völlig nachgebildet war, „die Brücke zum Principat" werden konnte, zeigt die Geschichte Cäsars. Das republikanische System der Magistratur ging an seiner eigenen Anomalie, dem *imperium proconsulare*, zu Grunde;[18] gleich einem *filiusfamilias miles* erschien der *proconsul loco patrisfamilias* und seine Stellung als derjenigen des *populus Romanus* coordinirt: welchen Gedanken Cäsars Proconsulat und Dictatur begründete und dann Augustus zur Vollendung brachte.*

II. Italien.

§ **173**] Daß das besiegte Italien Rom einverleibt und dem Römischen Staatskörper angeschaffen wird, ist das große politische Werk der 3. Periode. Die verschiedenen Völkerschaften staatlich aufzulösen, ward ein Gebot der Röm. Selbsterhaltung; nur die Gemeinden ließ man, indem man sie zu integrirenden Theilen des Röm. Staates machte, als untergeordnete politische Sphären mit relativer Selbständigkeit bestehen und sich im Innern verhältnißmäßig frei bewegen. So sind diese Gemeinden gleichsam zu Adoptivkindern der Republik, die ganze Halbinsel gewissermaßen eine große Colonie Rom's geworden; so nivellirt sich Italiens Bevölkerung, und so articulirt sich Rom's Territorium. Demgemäß wird der Name Urbs (*Orbis; Isidor. Orig. 15, 2—4*) zur Prärogative der einzigen Stadt Rom, bereits die s. g. *lex Servilia* (vor d.

*) s. Excurs III zu diesem Kapitel.

J. 90) kennt nur *oppida*, nicht aber *urbes* neben Rom; dasselbe finden wir in allen Gesetzen und Schriftstellern seitdem, und *Isidor* (*Or. 9, 4, 42*) sagt: *Urbani vocantur, qui Romae habitant; qui vero in ceteris locis, oppidani; nam sola urbs Roma, cetera oppida.*[19] Italien ist das ideell erweiterte Rom, Alles in diesen centralen Stadtpunkt concentrirt, Rom die *communis patria omnium*, diese Stätte die Heimat aller Bürger, sie mögen geboren und wohnhaft seyn, wo sie wollen im weiten Reiche.

In Etrurien, Latium und an den hellenisirten Küsten mag längst die städtische Organisation vorgeherrscht haben, anders in Umbrien, Samnium und anderen Strichen der Halbinsel, wo die altherkömmliche Markverfassung der *pagi* (Gaue) und *vici* (Dörfer) lange fortbestand. Es scheint, daß Rom, wo es Fuß faßte, allenthalben in Italien die *pagi* und *vici* zerschlug, ihrer genossenschaftlichen Selbständigkeit und politischen Function entnahm, und einem oder mehrern *oppida* einverleibte, die entweder schon bestanden oder durch Abführung einer Colonie, oder durch Verleihung des *jus municipii* oder *jus coloniae* an einen *vicus* neu gebildet wurden.[20] So kam es, daß am Ende unserer Periode im Kreise der italischen Gemeinwesen unbedingt der Typus der Stadtverfassung vorherrschte, und Rom der ganzen Halbinsel auch insofern seinen specifischen Karakter aufgeprägt hatte. Sulla und dann auf Grund seiner Gesetze die *lex Julia municipalis* (v. J. 43) waren es, welche in der Hauptsache dieses Röm. Gepräge vollendeten, und es ließ sich eigentlich nun von allen Communen sagen, daß sie *quasi effigies parvae simulacraque populi Romani* seien, was Gell. 16, 13 zunächst nur von den Colonien bemerkt.*

§ **171**] Der Typus der Föderation** war mit der vollen Einverleibung von ganz Italien staatsrechtlich gestrichen, und alle italischen Colonien waren zu inländischen Gemeinden geworden. Hiernach bleibt innerhalb Italiens folgende Unterscheidung: I. vor der *lex Julia*: 1) *Municipia* d. h. Gemeinden mit Röm. Privatrecht und Röm. Staatslasten, denen anfangs das *jus suffragii et honorum* gemangelt hatte, aber nach und nach seit dem Ende der vorigen Periode das volle Bürgerrecht zu Theil ward; bald nach dem 2. punischen Kriege scheinen die meisten sabinischen und latinischen Städte im Besitze der *civitas optimo jure* gewesen zu seyn.[21] Indem in den Röm. Colonien die ursprüngliche Bewohnerschaft mit den Colonisten verschmolz und die Colonisten den Karakter einer militärischen Besatzung ablegten, wurden die *coloniae* den Municipien neuern Rechts gleich. Diese Municipien und Colonien ordneten sich geographisch sehr verschieden in die Röm. Tribus ein, und über ganz Italien („*Italia tributim descripta*", *Cic. de pet. cons. 8, 30*) erstreckte sich nun das Tribussystem; der Sprengel des *Praetor urbanus* hatte sich über die Halbinsel ausgebreitet. Manche von diesen Municipien und Colonien behielten die untergeordnetere Eigenschaft von *praefecturae*, wonach sie statt eigner Duumvirn

---

*) s. Excurs IV zu diesem Kapitel. **) s. oben § 111.

einen von Rom aus ernannten Präfecten hatten; 2) latinische Colonien, deren Bürger nicht mehr wie im alten latinischen Bunde, das *conubium*, und wohl auch nicht das quiritische *commercium* hatten und insofern den Peregrinen gleichstanden, allein den Vorzug vor diesen hatten, daß sie durch Bekleidung eines Ehrenamtes in ihrem Orte Röm. Bürgerrecht erlangen konnten.[22] II. Zufolge der consularischen *lex Julia* (L. Jul. Cäsar) und der tribunicischen *lex Plautia Papiria* (90 u. 89) erhielten (nach und nach) sämmtliche italischen Gemeinden die *civitas Romana: Vellej. 2, 16; Cic. pr. Balb. 8, 21*, und durch die consularische *lex Pompeja* (*Pomp. Strabo*) v. J. 89 wurden die Städte der *Gallia Cispadana* Municipien, die der *Gallia Transpadana* aber *coloniae latinae*. Die vielleicht zunächst nur als Census-Regulativ gemeinte *lex Julia* (*municipalis?*) v. J. 45 (von Cäsar) scheint dann eine gleichmäßigere Verfassung aller italischen Städte herbeigeführt zu haben, und im J. 43 traten dadurch, daß *Gallia cisalpina* aufhörte, Provinz zu seyn, die gallischen Städte in das ordentliche Verhältniß italischer Municipien ein.[23]

III. Außeritalische Länder.

§ 175] 1. Provinzen. Wie einst im deutschen Reiche die Markgrafenämter ursprünglich militärische Commandos bedeuteten, so war auch im Röm. Sinne ursprünglich *Provincia*[24] ein militärisches Commando, dann jede Amtsphäre überhaupt, endlich vorzugsweise ein erobertes Gebiet, welches einem besonderen militärischen Commando unterstellt und so zu einer besonderen Amtsphäre gestaltet ward. Der Wille des Befehlshabers mußte hier, an der Peripherie des Reiches, besonders intensiv und straff gespannt seyn: demgemäß war eine solche vom *populus Romanus* dem Proconsul zugesprochene Provinz dem Willen des Regenten weit entschiedener unterworfen, als eine italische Amtsphäre dem Magistrat, sie glich mehr einem Sklaven (Servilsphäre), als einem Hauskinde (Filialsphäre), und die Gewaltausübung des Proconsul mehr der *dominica*, als der *patria potestas*. Was die Provinzialen (die *exterae nationes in arbitratu dicione potestate populi Romani*) behielten, gehörte ihnen, wie das *peculium* einem Sklaven, und wie ein Sklave von seiner *merx peculiaris* dem Herrn zu steuern hatte, so die Provinz von ihrem Besitzthum, das ihr Rom gunstweise beließ; *persona standi in judicio* fehlte den Provinzialen in Rom: daher das eigenthümliche Institut der *patroni provinciarum*.[25]

Wenn man aber die Consuln und Prätoren mit ihren Amtsphären den *filiifamilias* (*nominis Romani*), und diese Sphären den Peculien vergleichen kann, so die Proconsuln und Proprätoren mit ihrer militärischen Autokratie den *filiifamilias milites*, diese Autokratie etwa der keimenden Vermögensselbständigkeit der *filiifamilias milites*, und ihre Provinz dem *peculium castrense*. Noch war dieser Typus verborgen und unentwickelt, staats- und privatrechtlich hat sich diese partielle Emancipation erst durch Augustus vollendet, aber seit dem Anfange dieser

Periode (*imperium prorogatum**) liegt sie gleichsam in der Luft Rom's; durch Sulla's Dictatur und des Pompejus dreijährige Gewalt über das Mittelmeer und den Röm. Orient ward der neue Typus vorbereitet und durch Cäsar von Gallien aus concipirt.

Italien selbst (*solum Italicum*) bildete den territorialen Körper, seine Städte und Fluren integrirende Theile Rom's („*fundi fiebant*" *Cic. pr. Balb. 8, 21*); anders die Provinzen, welche der bloßen Umkleidung des Körpers vergleichbar („*ornamentum imperii*" *Cic. Verr. 2, 2, 1*), nur im Verhältniß der Pertinenzen standen, und um so viel mehr von dem *nomen Romanum* entlegen waren, wie ein *patrimonium* dem *paterfamilias* fern steht im Verhältniß zu seinem eigenen Fleisch und Blut. In manchen Provinzen, so namentlich in den asiatischen durch Lucullus und Pompejus, geschah viel: allenthalben wurden neue Städte eingerichtet und in occidentalischem Geist auf die städtischen Gemeinwesen eine stetigere Ordnung der Dinge gegründet. Die geringere Sorge des Senats um die Provinzialwohlfahrt sowie die straffere Anspannung des Provinzialregiments waren normaler Ausdruck der politischen Scala, welche hier unzweifelhaft vorlag. Immer ist auch mit dem Pertinenzverhältniß eine gewisse Unvölligkeit und Willkür des Zufalls verknüpft; hier zeigte sich das in einer zwiefachen Unbestimmtheit[26]: a) in der Unbestimmtheit der Regenten, indem die *prorogatio imperii* (ursprünglich eine *rogatio ad populum?*) vom Zweckmäßigkeitsbelieben des Senats abhängig blieb, und b) in der Unbestimmtheit des Unterordnungsgrades und der wechselnden Verschiedenheit der Abgabenpflicht.* Auch hier hat erst August stereotypirt.

Die provinziale Finanzverfassung beruhte ursprünglich nicht auf der Idee, „die politische Hegemonie als nutzbares Recht zu behandeln", und demgemäß waren die Zwangsverkäufe und Requisitionen, sowie der aufgelegte Bodenzins nicht als eigentlicher Tribut gemeint, sondern nur als Kostenbetrag für die militärische Sicherung der überseeischen Besitzungen. Allein nachdem seit den Gracchanischen Einrichtungen die Provinz Asien mit ausgedehnten indirecten und directen Abgaben belastet und deren Hebungen in die Hände Römischer Pächter gespielt worden waren, consolidirte sich die Idee, daß der Provinzialboden Privatgut des Röm. Staats (*praedium populi Romani: Cic. Verr. 2, 3. § 7*) und demnach beliebig besteuerbar sei, und näherte sich dem in Sicilien von früher überkommenen und da beibehaltenen karthagischen Steuersystem immer mehr. Es war nun selbstverständlich, daß an solchem Provinzialboden jedes eigentliche Römische Vermögensrecht (*jus Quiritium*) von Privaten ausgeschlossen war, und es stellte sich der Gegensatz der *fundi Italici* und der *praedia provincialia* durch das ganze Rechtssystem hindurch fest.[27]

§ **176**] 2. Clientelstaaten. Zwischen Rom und den verbündeten Staaten (*amici et foederati*) bestand eine Gemeinsamkeit der recht-

---

*) s. oben § 172. **) s. Excurs IV. zu diesem Kapitel.

lichen Ordnung, so daß hier das *jus postliminii* überflüssig war; vermöge der wechselseitigen Anerkennung ihres *nomen publicum* erschienen die Gebiete der Verbündeten wie ideelle Erweiterungen oder Anhänge des Röm. Reichsgebiets, und innerhalb dieses ganzen gleichsam gemeinsamen Gebiets war den beiderseitigen Staatsangehörigen gleiche Sicherheit garantirt: *fr. 7. 19. § 3. D. de captiv. (49, 15).* Je länger und allseitiger aber die militärisch-politische Uebermacht Rom's sich im Umkreise der civilisirten Nationen behauptete, um so weniger konnten die Bündnisse zwischen ihm und den nachbarlichen souveränen (nicht unterworfenen, in *dicio* oder *arbitrium* gerathenen[28]) Staaten den Karakter von *aequa foedera* be- oder erhalten; Rom's Uebergewicht führte daher dazu, daß, wo nur immer ein Bundesverhältniß errichtet ward, der verbündete Staat in eine clientelartige Lage kam, diese immer entschiedener zum Haupttypus des internationalen Staatsverkehrs und freilich auch zugleich zu einer der Formen der Herrschaftserweiterung Rom's wurde. Die Geschichte der hellenischen Freistaaten nach Makedoniens Unterwerfung zeigt uns, wie das Verhältniß eines Clientelstaats die Vorstufe der provinzialen Endunterwerfung werden und das Patronat in Potestas übergehen konnte. Die Erbeinsetzung seiten des letzten regierenden Familiengliedes verschaffte mehr als einmal den Römern einen willkommenen und bequemen Rechtstitel.[29]

Wir haben oben von politischen Parallelen des *paterfamilias* und *filiusfamilias*, des *servus* und des *peculium* gesprochen; zur Vervollständigung dieses Reflexbildes Römischer Willensgebiete gehört das Verhältniß des Patrons und Clienten. Innerhalb Italiens war der Ansatz dazu in den Municipien* gegeben, indeß konnte deren politische Selbständigkeit nicht völlig reifen, sie erschienen mehr wie Hauskinder, als wie freie Clienten (im altröm. Sinne). Dagegen zeitigte der Röm. Rechtstrieb in seiner exterritorialen Bethätigung den Typus des staatsrechtlichen Patronats: die Lehn- oder Clientelstaaten (exoterischen Clientelsphären) können den Freigelassenen verglichen werden; sie wurden späterhin fast ausnahmslos nach vorausgegangner Unterwerfung durch Beleihung und Rehabilitirung constituirt und waren sonach in Wahrheit *liberti nominis Romani.* — Daß diesem halb diplomatischen und halb staatsrechtlichen Verhältniß immer eine gewisse Flüssigkeit eigen blieb, ist natürlich. Ammian. Marcell. 18, 2. § 16 gibt uns die Formel: in *clientelam rei Romanae receptus*, und Proculus in *fr. 7. § 1. D. de captiv. (49, 15)* bezeichnet solchen Bund als ein *foedus, quo comprehensum est, ut is populus alterius populi majestatem comiter conservaret*, betonend, daß hierbei das eine Volk *superior*, aber zugleich das andere doch *liber populus* sei (*„quemadmodum clientes nostros intelligimus liberos esse“*). Die Superiorität Rom's machte sich namentlich in dem Anspruch auf Stellung von militärischen Hülfscontingenten im Kriegsfall und beziehendlich auf Zollfreiheit der Römer und Latiner geltend:

---

*) s. § 174.

was an das *jus obsequii* und die *operarum promissio* im privatrechtlichen Clientelverhältniß erinnert. — Zu denen, welche am längsten sich in einem *aequum foedus* (*amicitia*) mit Rom zu erhalten wußten, gehörten die Rhodier, Massilier und Athenienser.[30]

Literatur: 1) Lange R. Alterth. I. S. 352—5. — 2) Ders. I. S. 452. II. S. 432. Mommsen Röm. Tribus S. 108. Marquardt R. Alterth. II. 3. S. 37. — 3) Lange II. S. 428—446. — 4) Ders. II. S. 403. 419. — 5) Ders. II. S. 419—424. 434. 450—5. Mommsen R. Münzwesen S. 636. — 6) Lange II. S. 406. 449. — 7) Ders. I. S. 294. 610. II S. 156. 459—466. — 8) Ders. II. S. 516—524. 548. — 9) Ders. II. S. 550—6. — 10) Ders. II. S. 130. — 11) Ders. II. S. 404. 449. 552. 580. 609—613. — 12) Ders. II. S. 151. 316—8. — 13) Ders. II. S. 369. — 14) Ders. II. S. 310—387. — Rudorff R. R.-Gesch. I. § 45. — 15) Lange I. S. 599. 605. II. S. 227. — 16) Ders. I S. 615. 689. Mommsen R. Gesch. I. S. 294. 834. II. S. 363. — 17) Lange I. S. 628. II. S. 153. — 18) Ders. I. S. 631. 595. Mommsen II. S. 360. — 19) Voigt Drei epigraph. Constitutionen Constantins (1860) S. 52. — 20) Ders. S. 130—137. Marquardt III. 1. S. 52—4. — 21) Ders. S. 13. Mommsen Röm. Münzwesen S. 249. — 22) v. Savigny Verm. Schriften I. S. 18ff. Marquardt III. 1. S. 42. Puchta Instit. I. § 62. 63. — 23) Marquardt III. 1. S. 46—50. Mommsen R. Gesch. II. S. 242—4 u. III. S. 524. Voigt Drei epigraph. Const. Constantins S. 146. — 24) Marquardt III. 1. S. 242. Mommsen Röm. Gesch. II. S. 137. 359. 381 u. Die Rechtsfrage zwischen Cäsar und Senat S. 4ff. — 25) Marquardt III. 1. S. 290. Philippi i. Rhein. Mus. N. F. VIII. (1853) S. 497ff. — 26) Marquardt III. 1. S. 279. Lange R. Alterth. I. S. 629. Mommsen Röm. Gesch. I. S. 550—4. Voigt D. *jus natur.* u. *gentium* d. Röm. II. S. 357. 377ff. Walter R. Rechtsgesch. I. S. 135ff. v. Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalter I. S. 12 (2. Aufl.). Mommsen R. Gesch. III. S. 146. — 27) Marquardt III. 1. S. 180. 243. 288. Mommsen II. S. 113. 120. 307. 394. Voigt D. *jus naturale* II. S. 279. 283. 285. — 28) Ders. II. S. 280—293. — 29) Mommsen Röm. Gesch. I. S. 759. 763. II. S. 19. 41. 48. 142. 269. III. S. 48. 137. 142. — 30) Ders. I. S. 783—5. 856. II. S. 389. Marquardt III. 1. S. 248.

XXI. Kapitel.

III. Rechtsquellen.

§ 177] Die vorige Periode ist als die Periode der Gesetzgebung bezeichnet worden;* es könnte nun scheinen, daß diese Bezeichnung noch mehr für die dritte Periode angemessen sei, wenn wir auf die Masse der Gesetze dieser Zeit blicken. Allein die Massenhaftigkeit kann nicht den Ausschlag geben, sondern nur die innere Bedeutung, d. h. die juristische Tragweite der legislativen Impulse, und diese ist jetzt zusehends im Abnehmen. So reichlich die Quelle der Tributcomitien auch fließt, selten mehr betrifft sie allgemeine und durchgreifende Einrichtungen des Staats- und Rechtslebens oder originale Ideen mit keimendem und entwicklungsfähigem Inhalt, vielmehr handelt es sich meistens um vorübergehende und äußere Zwecke, und das Experimentiren ist beherrscht von den Tendenzen des auf- und niederwogenden Parteiwesens. Es beginnt die Zeit, welche Tacitus (*Ann. 3, 27*) mit den Worten schildert: „*jamque non modo in commune, sed in singulos homines latae quaestiones: et corruptissima republica plurimae leges*“. Die

*) s. oben § 113.

eigentlich legislativen Factoren sind es nicht mehr, welche aus der Tiefe des nationalen Volksthums schöpfen.[1]

Aus solcher Tiefe waren die Sätze der XII Tafeln gequollen; und noch immer — auch in der 3. Periode — erwies sich dieser Born als ein rechter Lebensquell des Römischen Rechts. Cicero erzählt uns, daß noch in seiner Jugendzeit für die Knaben die XII Tafeln Gegenstand des Auswendiglernens waren (*de legib. 2, 23*), und er rühmt von ihnen: „*Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare*“ (*de orat. 1, 44*). Mit dem gleichen Respect redet Livius (3, 34) von jener alten Gesetzgebung und bemerkt, daß sie „*nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique est juris*“.[2]

§ 178] Die Gesetze, welche der 3. Periode angehören, sind zum größten Theil aus den Tributcomitien hervorgegangen[3]: von vielen ist dies bezeugt, von anderen zu vermuthen. Sie lassen sich zur Uebersicht theils nach der sachlichen Verschiedenheit ihres Gegenstands, theils danach gruppiren, ob sie Allgemeines und Dauerndes (*jussa generalia*), oder nur Individuelles und Vorübergehendes (*jussa specialia*) betrafen.* Zu den ersteren gehören zahlreiche *leges de comitiis* und *de suffragiis libertinorum*, *de magistratibus* und *de provinciis*, *leges judiciariae* über das *album judicum*, *leges sumtuariae*, *repetundarum*, *de ambitu*, auch eine Anzahl Gesetze über Institute des Privatrechts, z. B. über Tutel, Usucapion, Minorennität, Geschenke und Erbschaften. Die Zahl der Specialbeschlüsse (*privilegia*) mehrte sich während der letzten 2 Jahrhunderte der Republik, je höher der Begriff der Volkssouveränetät geschraubt ward; die Tributcomitien griffen in alle Theile der Verwaltung, auch in die militärische und diplomatische, ein (*leges agrariae, frumentariae, de quaestionibus extraordinariis, de regibus*), brachen sogar das Princip der Unabsetzbarkeit der Magistrate und dispensirten in zahlreichen Fällen von der Anwendung bestehender Gesetze.[4]

Das Bedürfniß einer Codification mußte sich bei dieser Massenhaftigkeit regen. Isidor (5, 1) erzählt, daß „*leges redigere in libris primus Consul Pompejus instituere voluit, sed non perseveravit, obtrectatorum metu*“ (i. J. 52?), und fährt dann fort: „*deinde Caesar coepit id facere, sed ante interfectus est.*“ Dieser Plan, für welchen der Jurist Ofilius, Cäsar's Freund, der geeignete und berufene Mann war, beschränkte sich auf das *jus civile*, denn *Suet. Caes. 44* berichtet: *jus civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros destinavit*, eine Beschränkung, die sich wohl dadurch erklärt, daß nicht lange zuvor durch die *lex Cornelia* (67) der Anfang zu einer Fixirung des prätorischen Edicts gemacht worden war, und dies für das *jus honorarium* vorläufig genügen konnte und mußte.[5]

---

*) s. Excurs I. zu diesem Kapitel.

Die Sorge für Verkündigung und Aufbewahrung der Gesetze war bei den Römern von jeher unvollkommen gewesen; die plebejischen Aedilen hatten die im Tempel der *Ceres* deponirten Plebiscite zu beaufsichtigen (*fr. 2. § 21. D. de O. J. 1, 2*), aber erst in der letzten Zeit der Republik scheint das Aerarium zu einem Centralarchiv der Gesetze unter Aufsicht der Quaestoren bestimmt worden zu seyn (*Serv. Aen. 8, 322*), und die *lex Licinia Junia* (63) die bis dahin nur übliche Anheftung der Gesetztafeln im Aerar geboten zu haben (*Schol. Bob. in Or. p. Sestio p. 310*). Dennoch klagt Cicero (*de leg. 3, 20*): *Legum custodiam nullam habemus, itaque hae leges sunt, quas apparitores nostri volunt: a librariis petimus, publicis literis consignatam memoriam publicam nullam habemus; Graeci hoc diligentius, apud quos νομοφύλακες creantur.*[6]

§ **179**] Der Einfluß des Senats auf die Rechtsentwicklung* war während dieser Periode im Steigen begriffen, da oft das Bedürfniß entstand, die Maximen der immer verwickelter werdenden Administration zu fixiren, und solches nicht ohne Feststellung allgemeiner Rechtsnormen geschehen konnte: dies war der Fall namentlich bei den für italische Gemeinden und für Provinzen erlassenen Anordnungen, welche zwar zunächst auf der Magistratsgewalt, in letzter Instanz aber auf den die Magistrate ermächtigenden Senatsconsulten beruhten, z. B. die *leges Corneliae* für Agrigent (205), *leges Aemiliae* für Makedonien (167), *leges Mummiae* für Achaja (146), *leges Rupiliae* für Sicilien (131), *leges Pompejae* für Bithynien (63). Auch andere *Scta* werden erwähnt, z. B. von *Tacit. ann. 2, 30*: *Vetere Scto quaestio* (Tortur gegen Sklaven) *in caput domini prohibebatur;* berühmt ist das *Sctum de Bachanalibus* (168 v. Chr.).[7]

Senatsconsulte, welche unmittelbar in den Gang des Privatrechts eingriffen, waren in dieser Periode noch selten; sie wirkten, indem und insoweit sie die rechtsprechenden Magistrate banden; ein solches war das *Sctum*, welches vor der *lex Sempronia* i. J. 193 anordnete, *ut ex ea die pecuniae creditae, quibus debitor vellet legibus, jus creditori redderetur* (*Liv. 35, 7*), d. h. daß in Processen über Zinsgeschäfte nach Willkür des Schuldners Röm. oder latin. Recht zur Anwendung kommen solle, und welches eine dauernde Neuerung eingeführt haben würde, wenn nicht die weitergehende *lex Sempronia*** darauf gefolgt wäre; ferner ein nach der *lex Claudia de sociis* beschloßnes *Sctum* (177) über Manumissionen, wonach alle Magistrate, vor denen manumittirt werden konnte, von dem Freilassenden eidliche Bekräftigung zu verlangen hatten, daß die Freilassung nicht zum Behufe einer Veränderung des Bürgerrechts geschehe; ein *Sctum* (50) gab den Provinzialgesetzen über Zinswucher, welche Zinsen über 12 Procent, Zinseszinsen und Zinsenlauf über den Kapitalbetrag hinaus verboten, den Karakter einer allgemeinen Norm für die Römer (*Cic. ad Att. 5, 21, 11*).

---

*) s. oben § 170 z. E.

**) s. Excurs I. zu diesem Kapitel sub I. 5.

§ **180**] Die Ueberwachung der Volksgesetzgebung durch den Senat, welche sich namentlich in der Vorberathung der einzubringenden Gesetzesanträge und in der Befugniß, durchgebrachte Gesetze wegen Formfehlern zu cassiren, zeigte, war ein wichtiges Attribut, verlor aber in den Parteikämpfen des letzten Jahrhunderts seinen staatsrechtlichen Halt. Die Partei der Optimaten suchte natürlich die legislative Autorität des Senats zu stützen; Cicero (*de leg. 3, 12*) postulirte: *ejus decreta rata sunto*, und rechnete die *Scta* zu den Elementen des *jus civile* (*Top. 5, 28*); allein diese legislative Machtvollkommenheit blieb controvers bis in die Anfänge der Kaiserzeit. Daneben scheint es auch vorgekommen zu seyn, daß der Senat factisch die Rolle eines Interpreten der Gesetze spielte, wie das Beispiel eines von Cicero veranlaßten *Sctum* über die Auslegung der *lex Acilia Calpurnia* (*Cic. p. Mur. 32, 67*) zeigt.

Die archivarische Aufbewahrung der Senatsconsulte war gleich der der Gesetze eine unvollkommene; sie wurden in der Zeit nach dem 2. pun. Kriege im Aerarium unter Aufsicht der Quaestoren deponirt und hier nach Jahrgängen in Bänden geordnet; dennoch klagt Cicero über den Mangel strenger Controle (*Cic. ad Att. 13, 33; Phil. 5, 4, 12; ad fam. 9, 15;* dazu *Liv. 39, 4; Suet. Aug. 94*).[8] Außerdem ward es sehr gegewöhnlich, wichtigere Senatsreden aufzuzeichnen und zu verbreiten (*Cic. ad fam. 8, 1; 2, 8; 8, 2; ad Att. 2, 1; Phil. 8, 10; Plut. Cato min. 23; Suet. Caes. 55*); ja zufolge einer Anordnung Cäsars (i. J. 59) wurden die Senatsverhandlungen sammt den dazu gehörigen Actenstücken, wohl auf Grund der Protocollirung von *notarii*, zusammengestellt und veröffentlicht: dies sind die s. g. *acta senatus*, welche zum Theil Aufnahme in die gleichfalls durch Cäsar eingeführten *acta populi s. acta diurna* fanden (*Cic. ad fam. 12, 22. 23; ad Att. 6, 2*).

§ **181**] Die Zeit für gewohnheitsrechtliche Bildungen in der alten naiven Weise war längst vorüber: solche können in der Zeit socialer Zerrissenheit und nationalen Verfalls nicht gedeihen; auch die eigentliche Triebzeit legislativer Rechts- und Staatsimpulse bestand nicht mehr. Dagegen sehen wir nun, wie die Röm. Rechtsgeschichte in eigenthümlicher Weise neue Bahnen findet: neu ist hier sowohl die Form als auch die Art. Es sind die proceßleitenden Magistrate, welche durch ihren geregelten Einfluß gleichsam die Geburtshelfer eines neuen Gewohnheitsrechts werden, und dieser Thätigkeit geht parallel der Einfluß, welchen die judicielle Rechtsprechung und die junge Wissenschaft des Rechts, oder mit einem Worte: der Juristenstand, auf die Fortbildung des Rechts gewinnt.

I. Die Jurisdictionsgewalt der Magistrate hatte zuerst durch Ablösung der Prätur vom Consulat und bez. vom juristischen Pontificat (*fr. 2. § 6. D. de O. J. 1, 2*) ein eigenes Organ, durch Einsetzung eines zweiten Prätor am Anfange der 3. Periode eine neue Anregung erhalten. Von da an datirt die Geschichte des *jus honorarium*, d. h. der auf amtlicher Initiative beruhenden theils ädilicischen, theils und vorzugsweise prätorischen Rechtsbildung: nach diesem Vorwiegen der präto-

rischen Jurisdictionscompetenz wird das *jus honorarium* häufig geradezu als *jus praetorium* bezeichnet, außerdem aber auch schlechthin *jurisdictio* im Gegensatz von *jus* genannt (*fr. 7. § 2. D. de cap. min. 4, 5; fr. 36. D. de admin. tut. 26, 7*).

Die Theilung der prätorischen Amtsphäre in die *provincia* (*sors* oder *jurisdictio*) *urbana* und *peregrina* geschah zwischen 247 und 242; veranlaßt ward sie zunächst durch das bedeutende Wachsthum des Rechtspflegegebiets, da jetzt trotz der Aushülfe der *praefecti juri dicundo* der eine Prätor nicht mehr genügte. Der zweite Prätor nun sollte *inter peregrinos* oder *inter cives et peregrinos jus dicere* und ward deshalb später als *praetor peregrinus* bezeichnet;[9] er stand an Ansehn dem *praetor urbanus* insofern nach, als letzterer das nächste Anrecht auf Vertretung der abwesenden Consuln hatte, allein vermöge seiner besonderen Aufgabe für den Peregrinenverkehr mußte zuerst und vorzüglich der *praetor peregrinus* als Organ der neuen und freien Rechtsideen auf dem Forum Bedeutung gewinnen. *Liv. epit. 19; Lyd. magistr. 1, 38. 45; Gell. 10, 6; Gai. 1, 6; fr. 2. § 28. D. de O. J. (1, 2).*

Es ward Sitte, daß die Prätoren bei ihrem Amtsantritt gewisse Hauptgrundsätze, nach denen sie im Laufe ihrer Amtsführung bei den vor sie gelangenden Rechtsanträgen und Proceßstreiten verfahren würden, öffentlich bekannt machten, d. h. auf weiß angestrichenen Holztafeln (*album Praetoris*) mit schwarzer Inschrift und rothen Ueberschriften (*rubricae*), an zugänglichen Stellen (*unde de plano recte legi possent*) auf dem Markte aufstellten. *Quinctil. 12, 3, 11; fr. 11. § 3. D. de instit. act. (14, 3).* Solche *formae jurisdictionis* (*fr. 5. § 1. D. ut leg. c. cav. 36, 3*) oder *Edicta* gingen sowohl vom *urbanus* als auch *peregrinus praetor* aus, und wurden durch eine *actio de albo corrupto popularis* geschützt; ihr Nebeneinanderstehen zu Rom mußte im Interesse des Einklangs der Rechtspflege zu einer wechselseitigen Beeinflussung führen, wobei die von Außen zuströmenden Rechtsanschauungen dem Geiste der Zeit und dem Bedürfniß des Verkehrs gemäß immer mehr die Oberhand gewannen; P. Licinius Crassus, berühmt durch seine Thätigkeit als Gerichtsredner sowie „*juris pontificii peritissimus*, war i. J. 208 *praetor peregrinus:* ein Beispiel aus der Reihe solcher Männer, in denen die Kunde des alten einheimischen Rechts zusammentraf mit dem berufsmäßigen Anlaß, auf die neuen und theilweise fremden Ideen einzugehen (*Liv. 27, 22; 30, 1*). Gefördert aber wurde weiterhin jenes lebendige Zuströmen noch durch die nach dem Muster der *urbica edicta* üblich werdenden *provincialia edicta* (*Cic. ad Att. 6, 1*), in welchen selbstverständlich der volksthümlichen Rechtspraxis der Gegend Rechnung getragen und so auch indirect der freieren Rechtspraxis in Rom die Bahn mit gebrochen wurde.

182] Die Sitte verlangte dann, daß jeder Prätor sich an sein eignes Edict gebunden hielt und von dem einmal verkündigten Regierungs- und Justizprogramme („*jurisdictionis perpetuae causa propositum*") nicht ohne Noth abwich; man unterschied demgemäß von dem eigent-

lichen Edict die durch unvorhergesehene Fälle veranlaßten Einzeldecrete, *repentina edicta*, *prout res incidebat* (*fr. 7. pr. D. de jurisd. 2, 1; Cic. in Verr. 3, 14, 56*).

Die Bedeutung der prätorischen Edicte wuchs aber namentlich durch Folgendes: 1) Während vor der *lex Aebutia* der Einfluß des Prätor auf das materielle Recht nur ein sehr geringer, nämlich auf gewisse Anordnungen über die Proceßeinleitung (*de judiciis et ubi quisque agere deberet*), auf die Nennung der Formeln der *legis actiones* und etwa auf die Aufstellung einer Anzahl Interdicte im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt beschränkt war: erhielt der Prätor nun durch die Ermächtigung, freie Klagformeln zu concipiren, die Gewalt, der Mannigfaltigkeit der neuen Verkehrstriebe Rechnung zu tragen, und die Starrheit der *immutabiles actiones* durch *exceptiones*, *praescriptiones* und *cautiones* zu beseitigen, bez. durch *missiones in possessionem* und *in integrum restitutiones* nachzuhelfen. Durch diese neuen Artikel des Edicts ward dieses beträchtlich ausgedehnt und zur Bedeutung eines eignen Systems des materiellen Rechts erhoben.[10]

2) Neben dieser materiellen Erweiterung ward der Edictsmasse auch eine formelle Befestigung zutheil, indem aus den wichtigeren Stücken der Jahresedicte der einzelnen Prätoren, durch freien (*s. Auct. ad Herenn. II, 13*) Anschluß der Amtsnachfolger an die Edicte der Vorgänger, ein Grundstock von bekannten und geläufigen Rechtssätzen (*Edictum tralatitium*) erwuchs. Dieses traditionell werdende Edict nahm den Karakter eines öffentlichen Herkommens an, und behauptete nun selbst neu antretenden Prätoren gegenüber ein gewisses objectives Ansehn, obschon eine fortlaufende Vermehrung und Vervollkommnung durch angemessene Zusätze (s. g. *Nova Edicta* oder *Clausulae*) vorkam (*Cic. in Verr. 1, 44. 45; 2, 3; ad famil. 3, 8; ad Att. 5, 21; Gell. 3, 18; fr. 1. § 13. D. de ventre in poss. mitt. 37, 9*).

§ **183**] Infolge der „schlimmen Erfahrungen der Revolutionszeit" war zur Steuerung des Mißbrauchs seiten derer, „*qui varie jus dicere solebant*", durch eine *lex Cornelia* (67 v. Chr.) ausdrücklich geboten worden, was eigentlich längst schon als Sitte bestand: „*ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent*", d. h. daß sie an ihr einmal verkündigtes Generaledict für ihre ganze Amtszeit gebunden seyn sollten (*Ascon. ad Cic. p. Cornel. Orell. p. 58; Dio Cass. 36, 23*). Damit war die objective und gesetzähnliche Geltung des tralaticischen Edicts entschieden; dasselbe konnte nun überhaupt und schlechthin als *edictum perpetuum* bezeichnet werden und als ein neuer Theil des praktischen Rechts gelten. *Cic. in Verr. 2, 1, 42* sagt: *Qui plurimum tribuunt Edicto, Praetoris Edictum legem annuam dicunt esse,* und *Cic. de leg. 1, 5, 17: Non ergo a Praetoris Edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores, hauriendam juris disciplinam putas*".

In der Hauptsache war dieses prätorische System zu Cicero's Zeit vollendet; im J. 74 war vom Prätor *Gn. Octavius* (?) die *Formula Octaviana*[11] wegen *metus*, i. J. 66. vom Prätor *G. Aquilius* die *formula*

Aquiliana wegen *dolus* eingeführt worden: zwei Bereicherungen des Edicts von großer Tragweite. Nur einzelne Clauseln setzten sich noch an, welche im Unterschied vom *edictum perpetuum* entweder nach den Prätoren (z. B. *edictum Carbonianum*, *formula Publiciana*, *Serviana*, *interdictum Salvianum*) oder auch nach dem Gegenstand citirt wurden (z. B. *edictum successorium*, *unde liberi* u. s. w.); nach *Cic. in Verr. 2, 3* nahm z. B. der Prätor *L. Caecilius Metellus* i. J. 71 die Octavianische Formel als einen solchen neuen Zusatz in sein Edict auf. Den gesammten Einfluß aber, welchen dieses neue System auf das nationalrömische alte Recht äußerte, faßte Papinian in den Worten zusammen: „*Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam* (*fr. 7 § 1 D. de J. et J. 1, 1*), und weil in ihm die freie schöpferische Idee der *aequitas* den unbefangensten Ausdruck fand, konnte *Marcian* sagen: „*et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis*" (*fr. 8 eod.*). Es ergibt sich aber aus dem Gesagten weiter, daß, wenn auch die Anregungen zur Schöpfung dieses Systems von Außen kamen, die Schöpfung selbst eine Römische, das *jus honorarium* ein Bestandtheil des Röm. Rechts war. Das *jus honorarium* entsprang dem *jus gentium*, aber seinem Bestande nach fiel es mit diesem nur theilweise zusammen; Vieles blieb den Peregrinen, blieb einzelnen Provinzen eigenthümlich, Anderes hatte aus dem *jus gentium* einen anderen Canal in die Praxis der Römer gefunden: jenes war das *merum jus gentium*, dieses der *mos civitatis*.

§ **184**] II. Neben dieser Ausbildung des *jus honorarium* pflegt man nicht an eine massenhafte und zusammenhängende Fortbildung des *jus civile* zu denken: Pomponius verlegt entschieden die *disputatio fori* in die Vorzeit des prätorischen Systems, [12] allein die alte *interpretatio prudentium* mußte doch eine zeitgemäße Fortsetzung auch während der Zeit des Aufblühens des Prätorischen Edicts haben und kann sicherlich nicht gerade in einer Zeit, wo ein eigentlicher Juristenstand auftrat und die Jurisprudenz ihre ersten Schritte that, erstorben oder schlafen gegangen seyn. So war es denn auch nicht; an zahlreichen Punkten sehen wir Elemente des *jus gentium* direct in das *jus civile* eindringen und im Zusammenhange einer fruchtbaren Gesammtanschauung ein System des neuern Civilrechts erzeugen, welches wir als das eigentliche Werk der *disputatio fori* zu betrachten haben und mit einem bei Ulpian beliebten Ausdrucke (*fr. 8. pr. D. de hered. 29, 2* und *fr. 42. D. de V. S.*) als *mos Civitatis* bezeichnen können.* Ja, die Vermuthung drängt sich auf — und mit ihr nähern wir uns in Etwas wieder jener im Grunde falschen Geschichtsdarstellung des Pomponius — daß die Entwicklungsreihe dieses *mos Civitatis* oder civilen *usus modernus* schon etwas früher als die des *jus honorarium* begonnen hat und mit ihren Anfängen in die zweite Hälfte der

*) Vergl. meine Abhandlung „Ueber d. *mos Civitatis* als Receptionscanal des *jus gentium* neben dem Prätorischen Edict" in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 9. (1867) S. 503-550.

vorigen Periode zurückreicht;* es hätte dem Prätor schwerlich gelingen können, so kühn und sicher in seiner Bahn vorwärts zu gehen, wenn nicht andere in der ganzen Breite des Volksthums wurzelnde Organe wie die Richter (Geschworenen), und ein ganzer angesehener Stand, wie der Juristenstand, in gleicher Richtung und mit congenialen Impulsen voran- und nebenher geschritten wären.

Inmitten eines verfallenden Nationalwesens und krankenden Staatslebens ist die Entwicklung dieses Juristenstandes die imposanteste, und das Erwachen einer Jurisprudenz die einzig erquickliche Erscheinung. Was von altem und ächtem Römerthum noch vorhanden war, schien sich in die neue Geisteswelt zu flüchten, welche da sich aufthat. Zum ersten Male in der Weltgeschichte sehen wir hier einen Juristenstand sich formiren. Rom lebte am längsten in seinen großen Juristen fort, und die erste Hauptthat der Röm. Juristenwelt ist die Schöpfung des *mos Civitatis*, sie ist das Werk der s. g. *Veteres*, der juristischen „Patristik“ Rom's.

§ 185] Daß unter *Veteres* (*Gai. 3, 180; fr. 140. § 1 D. de V. O. 45, 1*) insgemein die Juristen vor der Kaiserzeit verstanden wurden,[13] erhellt aus Aeußerungen des Paulus, welcher neben und nach den *Veteres* den Sabinus nennt (*fr. 3. § 18. D. de poss. 41, 2*), und des Ulpian, welcher den Veteres den Labeo gegenüberstellt (*fr. 4. § 2. 3. D. de in jus voc. 2, 4*). Mit ihnen beginnt die Ablösung eines besonderen Juristenstandes aus der mit dem allgemeinen Staats- und Kalenderwesen verschlungenen Pontificaltradition, welche auf den Ehrentitel eines Sapiens, aber nicht eines Jurisconsultus hatte Anspruch geben können. Nun werden die *prudentes* zu *jurisprudentes* und die *legum interpretes* zu *jurisperiti*.[14]

Es können in dieser Periode zwei Stufen der Jurisprudenz, ihre Kindheit und Jugendblüte, unterschieden und etwa (nach einer Wendung bei *Cic. de leg. 1, 5*) als die Zeit der *Superiores* und der *Veteres* im engeren Sinn bezeichnet werden: die erste Stufe beginnt mit Tib. Coruncanius, dem Zeitgenossen des ersten *praetor peregrinus* (er starb 243), die zweite mit Q. Mucius Scaevola, dem späteren Lehrer des Cicero, der ihn als den Pontifex Maximus bezeichnet zum Unterschied vom Augur Scaevola. Jede der beiden Stufen hat ihr Gepräge. Auf der ersten scheint die Jurisprudenz noch ziemlich eng mit der staatsmännischen Praxis und Eloquenz verbunden; von diesem Gängelbande befreit sie Scaevola. Bisher hatte man die Jurisprudenz nur nebenbei getrieben, jetzt gibt man sich ihr hin. Auf der ersten Stufe scheint die Jurisprudenz ihren Sitz in Familien nehmen zu wollen: die Pflege der Rechtskunde wird eine Neigung der Familien, und dieser Naturgrund trägt das unmündige Interesse jener Pflege; drei Juristenfamilien sind nach den Claudiern genannt: die der Aelier (Gebrüder: Sextus und Publius), der Catonen (Vater und Sohn) und der Scaevoler

---

*) s. oben § 130 und 180.

(Publius, daneben dessen Bruder: Luc. od. Publ. Crassus Mucianus, und Sohn: Quintus, endlich der Augur Q. Mucius Scaevola, erster Lehrer Ciceros); auf der zweiten Stufe scheint die Jurisprudenz ein mehr individuelles Gepräge in ihren Vertretern zu gewinnen, und es pflanzt sich nun die Pflege der Rechtskunde mehr durch den freien Lehr- und Lerntrieb fort; an die Stelle der Familientradition tritt die Schultradition; der Schüler lernt nicht mehr die einzelnen Responsen, sondern studirt den Lehrer. Die Anecdote von Scaevola und Sulpicius (*fr. 2. § 43. D. de O. J. 1, 2*) bewahrte die Erinnerung eines Ereignisses und blieb Jahrhunderte lang berühmt, weil hier in der Person der beiden größten Juristen der Republik die Jurisprudenz der Eloquenz ebenbürtig ward (vergl. dazu *Cic. pr. Murena 11—14*), zu einem persönlichen und productiven Besitzthum sich erhob, und zur Anerkennung eines der Patricier würdigen Berufs gelangte. Scaevola schon war mehr Jurist als Staatsmann,[15] Sulpicius, und ähnlich dann auch Tubero, zog gar den Publicisten aus, um Civilist zu werden; die Zeit der großen Staatsmänner ging zur Neige, und seitdem ist die Blüte (eine Nachblüte) des Röm. Genius in der civilistischen Jurisprudenz zu suchen. — Hierzu kommt ein Fortschritt der wissenschaftlichen Methode: auf der ersten Stufe herrscht die casuistische Form, freilich eine naive und dem System nicht widersprüchliche, sondern dasselbe keimartig in sich tragende, aber doch eine Casuistik, welche sich nur mühsam aus der pontificalen Formaltechnik losringt; *Cic. de or. 2, 33* bemerkt: „*video in Catonis et Bruti libris nominatim fere referri, quid alicui de jure viro aut mulieri responderint.*“ Erst mit Scaevola beginnt ein Streben systematischer Durchbildung und Abrundung.

§ **186**] Pomponius berichtet von Coruncanius, dem Vater der Röm. Jurisprudenz und erstem plebejischem Oberpontifex (um 254), daß er, dessen Vorgänger alle nur Rathgeber gewesen, angefangen habe, praktische Unterweisung zu ertheilen (*primus publice profiteri coepit*) — etwa dadurch, daß er Zuhörern gestattete, den Consultationen regelmäßig beizuwohnen — [16], und daß von ihm herrührende denkwürdige Gutachten (*responsa memorabilia*) sich erhielten. Mit S. Aelius Paetus, genannt Catus (Prätor 203), von welchem in *fr. 38. § 1. D. de act. emti* (19, 1) ein Dictum angeführt, und auf welchen von Voigt (die *lex Maenia, S. 34*) der alte Satz „*dotis causa perpetua est*“ zurückgeführt wird, beginnt die Schriftstellerei; dessen *Tripertita*, „*velut cunabula juris*,“ waren wohl der erste Versuch einer frei überarbeitenden Zusammenstellung des überlieferten Justizmaterials in seinen 3 Massen: XII-Tafelwerk, *Interpretatio* und Legisactionen; zweifelhaft ist, wie sich dazu die sonst genannten *commentarii* (*Cic. de or. 1, 56*) und das *jus Aelianum* (*fr. 2. § 7. D. de O. J. 1, 2*) desselben Juristen verhalten haben. Auf diesem Dreitheilsbuch ruhten die wichtigen Civilrechtsbücher des Scaevola und des Sabinus, die 100 und 200 Jahre jünger sind.[17]

L. Cincius Alimentus, (sicilischer Prätor 211, nicht mit dem

gleichnamigen Historiker zu verwechseln), ein fleißiger publicistischer Schriftsteller und M. Portius Cato Censorius (Consul 194), der tüchtige Alterthumsforscher und Veranlasser oder Unterstützer der *lex Oppia*, *Cincia*, *Maenia* (*de dote*) und *Voconia* (215—160), sind die nächsten bedeutenden Repräsentanten der Jurisprudenz. Ungewiß ist, ob die Catonischen *commentarii juris civilis* diesen älteren Cato oder seinen Sohn zum Verfasser haben, auf welchen letzteren die *regula Catoniana* zurückzugehen scheint. — Zu einem gewissen Abschluß mag diese primitive casuistische Jurisprudenz durch P. Mucius Scaevola den Vater, M. Junius Brutus[18] und M'. Manilius gelangt seyn, welche von Pomponius zusammen genannt und als diejenigen „*qui fundaverunt jus civile*" bezeichnet, von Cicero (*de or. 1, 48*) aber mit Aelius als wahrhafte Jurisconsulti hervorgehoben werden.

§ **187**] Eine hervorragende literärgeschichtliche Erscheinung war der jüngere Q. Mucius Scaevola Pontifex Maximus (in den Quellen gewöhnlich als Mucius citirt), welcher, ausgestattet mit einer damals ungewöhnlichen philosophischen Bildung (als Stoiker)[19] auf den von den Vorgängern gelegten Fundamenten den Aufbau des *jus civile* begann („*constituit jus civile*"); in seinem Werke von 18 Büchern „erschien zum 1. Mal ein umfassendes, einheitliches und gegliedertes System in Stelle der früheren Gesetzinterpretation und Casuistik, der Gutachten und Präjudizien",[20] so daß er der erste juristische Schriftsteller höheren Styls genannt werden kann (*Acron ad Hor. lib. 2. ep. 2 v. 87: „primus Ictus apud Veteres scripsit"*); sein anderes Werk *liber singularis* ὅρων s. *Definitionum*, ist „das Muster der späteren Compendien und Regelbücher" und die älteste Schrift, aus welcher in Justinian's Digesten (vier) unmittelbar entnommene Stellen enthalten sind, z. B. *fr. 64. D. de dom.* (41, 1).[21] Dieser Scaevola war aber nicht bloß der erste Schriftsteller und der gesuchteste Rathgeber, sondern auch der erste einflußreiche Rechtslehrer, von welchem viele Schüler (*auditores*) ausgingen.[22] Der bedeutendste unter diesen war G. Aquilius Gallus, dessen Prätur (66) einen wichtigen Fortschritt des *jus honorarium* bezeichnete (*actio de dolo*). Dagegen ward weder von ihm noch von den anderen Schülern des Scaevola schriftstellerische Thätigkeit besonders gerühmt; ihr Einfluß scheint unmittelbar practischer Art gewesen zu seyn. Ein Beispiel des Lehrzusammenhangs des Aquilius mit Scaevola bietet die Theorie der *ruta caesa* (*fr. 66. § 2. D. de contr. emt. 18, 1.* u. *fr. 17. § 6. D. de act. emti 19, 1*).

Dagegen nimmt nun die Jurisprudenz durch des Aquilius Schüler Servius Sulpicius Rufus (in den Quellen gewöhnlich als Servius citirt; † 43) ein vorwiegend literarisches Gepräge[23] und künstlerische Form an. Cicero, sein Freund, nennt ihn den Unvergleichlichen und *princeps in jure civili* (*Philipp. 9, 5; de off. 2, 19; de leg. 1, 5*); er hinterließ *libri* 180, deren mehrere noch nach 200 Jahren in des Pomponius Hand waren, aus denen jedoch keine reinen Fragmente in die Digesten Justinians gekommen sind; er erhob die *scientia* zur *ars* (*Cic.*

Brut. 41), indem er zwei Bücher *ad edictum* schrieb und *reprehensa Scaevolae capita* (ein Beispiel in *fr. 25. § 1. D. de V. S.*: Lehre vom *condominium*) zu entwerfen sich erlaubte, zeigte er einen umfassenden, freien und kritischen Geist; endlich gründete er eine Schule productiver Schriftsteller, deren Leistungen Aufidius Namusa, der Accursius oder Glück seiner Zeit, in einem großen Thesaurus von 140 Büchern sammelte. Beispielsweise erwähnt Javolen (*fr. 40. § 3. D. de condit. 35, 1*) ein von Namusa mitgetheiltes Gutachten des Servius. Unter diesen „*Servii auditores*“ zeichneten sich Alfenus Varus (dessen *Digestorum libri* 40, eine systematische Responsensammlung) und G. Aul. Ofilius aus.

Letzterer ward der eigentliche Schöpfer der literarischen Edicts-Jurisprudenz („*Edictum Praetoris primus diligenter composuit*“), sollte Cäsar's legislative Pläne verwirklichen helfen und trug vielleicht, wenn man einigen Spuren folgen darf, in seiner Stellung gegenüber dem Trebatius Testa schon den Keim des künftigen Schulengegensatzes in sich, denn an jenen schloß sich Capito, an diesen Labeo an.[24] Pomponius rühmt den Ofilius als den *doctior*, den Trebatius als den *peritior*. Neben ihnen traten in Schatten Aul. Cascellius[25], der Mann der wohlgefälligen Form, und Q. Aelius Tubero, „*doctissimus quidem juris publici et privati*“, aber dabei ein Alterthümler. — Mit Labeo und Capito beginnt die Periode der kaiserlichen Jurisprudenz.

Literatur: 1) Lange R. Alterth. II. S. 552. — 2) Vergl. dazu Ihering Geist d. R. R. II. (2. Aufl.) S. 59. 63. — 3) Lange I. S. 699. II. S. 519. 521. 548. — 4) Ders. II. S. 552. 556—601. — 5) Huschke Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XV. S. 186 ff. Sanio Rechtshist. Abhandl. u. Studien I. (1846) S. 76 ff. Rudorff R. R. Gesch. I. § 96. Mommsen i. Bekker's Jahrb. II. S. 320 ff. — 6) Rudorff I. § 8. a. E. Lange II. S. 556. — 7) Voigt D. *jus. nat.* und *gentium* d. Röm. II. S. 430. Anm. 547. — 8) Lange II. S. 193. 239. 364. 378—381. 551. Rudorff I. § 45. 50. Mommsen R. Gesch. II. S. 263. — 9) Leist Versuch e. Gesch. d. Röm. Rechtssysteme (1850) S. 18. Voigt d. *jus. nat.* d. Röm. II. S. 593. 618. Rudorff I. § 60. 61. Lange I. S. 92. 659. II. S. 119. Sanio Varroniana i. d. Schriften d. Röm. Juristen (1867) 116—8. — 10) Leist S. 22—28. 40. Voigt II. S. 655. v. Bethmann-Hollw. Röm. Civilproceß II. S. 13. — 11) Rudorff I. § 110. S. 364. — 12) Leist S. 29. 41. v. Bethmann-H. II. S. 18. — 13) Dazu Zimmern Gesch. d. Röm. Privatrechts I. § 55. — 14) Ihering Geist d. R. R. II. S. 430 ff. — 15) Mommsen R. Gesch. II. S. 213. 226. — 16) Zimmern I. S. 192. Sanio Varroniana S. 160. — 17) Huschke i. d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. XV. S. 179 ff. Leist S. 10 ff. 45. 56. Rudorff I. § 95. Mommsen I. S. 945. Lange II. S. 189. — 18) Mommsen II. S. 463. — 19) Ders. II. S. 423. — 20) Rudorff I. § 64. Dazu Voigt Ueb. die *condict. ob causam* (1862) S. 192. — 21) Zimmern I. S. 286. — 22) Puchta Institut. I. § 97. Rein Röm. Privatr. S. 54. Mommsen II. S. 466. 467. — 23) Vergl. dazu Sanio Prolegomena z. Gesch. d. Röm. Rechtswiss. (1858) S. 56 ff. 65. Ders. Varroniana S. 3. — 24) Ders. Prolegomena S. 102. — 25) Dirksen d. Rechtsgelehrte Cascellius, i. d. Abh. d. Berl. Acad. Phil.-hist. Cl. 1858. S. 223 ff.

XXII. Kapitel.

IV. Rechtsfähigkeit.

§ 188] Alle freigeborenen Röm. Bürger standen einander im Wesentlichen gleich.* Der Reichthumsunterschied, welcher in der Centuriatcomitienordnung von Alters her sanctionirt war, wurde bedeutend abgeschwächt durch die Comitialreform,** indem durch diese das entscheidende Uebergewicht der ersten Classe gebrochen und diese folglich den anderen Classen angenähert wurde. Daß die Proletarier in der *centuria capite censorum* stimmberechtigt waren, kann nicht wohl bezweifelt werden.[1] Bedeutungslos für das Stimmrecht war die spätere Unterscheidung der *proletarii* im engern Sinn von den *capite censi*, indem unter ersteren die Bürger begriffen wurden, welche mehr als 375 As Vermögen, den geringsten Satz tributpflichtigen Vermögens, hatten, und ausnahmsweise mit zum Kriegsdienst gezogen wurden: diese Unterscheidung geschah etwa seit dem 2. pun. Kriege, verlor aber ihre Bedeutung, als das Röm. Volk aufhörte, Tribut zu zahlen (167 v. Chr.), und später, als Marius sein Heer ohne Rücksicht auf die Classen meist aus den niedrigsten *capite censi* aushob: wodurch die Servianischen Classen für ihren ursprünglichen Hauptzweck gänzlich unpractisch wurden.[2]

Wichtiger war das in den Tributcomitien ausgeübte Stimmrecht, und hier galt, abgesehen von dem Dignitätsunterschied der *tribus rusticae* und *urbanae*, welcher ungeachtet vieler vorübergehend glückender Beseitigungsversuche bis in den Anfang der Kaiserzeit fortbestand, kein Unterschied des Stimmrechts. Die Comitialreform hatte wahrscheinlich gleichzeitig mit der Errichtung der 2 letzten Tribus i. J. 241 stattgefunden, weshalb seitdem jede Vermehrung der Tribuszahl unterblieb, weil dadurch eine gleichzeitige Umgestaltung der Centuriatcomitien erfordert worden wäre. Neu aufgenommene Bürgerschaften wurden fortan den bestehenden 35 Tribus zugetheilt, und man wendete diese Maßregel selbst bei der umfassenden Civitätsverleihung i. d. J. 91 und 90 an, indem durch die (nachher von Sulla anerkannte) *lex Sulpicia* v. J. 88 angeordnet wurde, daß die aufgenommenen Italiker unter alle Tribus vertheilt und so zum ungeschmälerten *jus suffragii* zugelassen werden sollten.[3]

Das *jus honorum*, diese Hauptachse, um welche der Ständekampf sich bewegt hatte, war schließlich auf alle unbescholtenen Bürger ausgedehnt worden; doch erhielten oder bildeten sich in der Praxis mancherlei nicht unerhebliche Beschränkungen. Dahin gehörte die, später durch Gesetze theilweise festgestellte, Observanz, daß ein bestimmtes Lebensalter zur Bewerbung erfordert wurde (*Polyb. 6, 19; Cic. pr. leg. Manil. 21*), daß der Bewerbende die Ingenuität im 3. oder wenig-

*) s. oben § 164. **) s. den Excurs zu diesem Kapitel.

stens 2. Gliede habe (Liv. 6, 40), daß wegen des Aufwandes der *ambitio* und der Aedilität nur Reichen die Wahl offen war (*Cic. de off. 2, 17*).[4]

§ **189**] Das *jus suffragii libertinorum* war im Zusammenhange mit den Tendenzen der demokratischen Partei und der *forensis factio* unaufhörlich der Gegenstand legislativer Neuerungen und Reactionen, seitdem i. J. 312 Appius Claudius Caecus gewagt hatte, die untersten Schichten der Bürgerschaft (*humillimi*), wozu die *libertini* gehörten, unter die *tribus rusticae* zu vertheilen und die ansässigen Libertinen sogar in den Centuriatcomitien zuzulassen.[5] Später wurden wenigstens die ansässigen Libertinen, welche einen 5jährigen Sohn hatten, begünstigt, da diese Söhne doch selbst als *ingenui* in die Rusticaltribus und Centurien gehörten; aber noch zur Zeit des Dionysius (4, 22) waren die Libertinen auf die 4 städtischen Tribus beschränkt.[6]

Ebenso scheint den Libertinen* das passive Wahlrecht (*jus honorum*) constant versagt geblieben zu seyn (Liv. 9, 46).[7]

§ **190**] In demselben Maße, als die völkerschaftlichen Differenzirungen innerhalb Italiens ausgeglichen wurden,** nahmen die bisher im Zusammenhange damit bestehenden politischen Abstufungen den Karakter juristischer Kategorien an; die natürlichen Gliederungen gingen in künstliche Classen über.[8] Das älteste Beispiel dieser juristischen Anknüpfung und Wandelung ist die Erweiterung der Classe der *aerarii*† auf degradirte und bemakelte Individuen, welche dann, als die Verleihung des Halbbürgerthums als politische Maßregel aufgegeben ward, noch das einzige Contingent zu dieser Classe stellten.

In ähnlicher Weise nahm der Begriff der Latinität eine Wendung zur künstlichen juristischen Bedeutung,[9] und zwar knüpfte diese an dem schlechteren Recht der jüngeren latinischen Colonien an, unter welchen die nach der Unterwerfung Unteritaliens (268) ausgesendeten und wahrscheinlich vorzugsweise Libertinen, jedenfalls nur *humillimi* begreifenden Verpflanzungen verstanden wurden. Sie ward als das Recht der 12 Colonien bezeichnet (*Cic. pr. Caec. c. 35; Ariminum* und *Beneventum* waren die ältesten derselben), und ihr Inhalt beschränkte sich im Wesentlichen auf das *jus commercii*, indem diesen *latini coloniarii* nicht bloß der freie Civitätserwerb (die Beamten ausgenommen), sondern auch das *jus conubii* versagt ward. Nachdem die *prisci Latini* und die älteren *coloniae latinae* zum Röm. Vollbürgerrecht gelangt waren, bestand nur jenes schlechtere Recht fort und ward späterhin unter *Latinitas* ausschließlich verstanden. Diese mit der Libertinenqualität gleich rangirende Latinität war es, welche den Nachkommen Röm. Soldaten und Hispanierinnen bei der Gründung der Colonie Carteja in Spanien (171) ertheilt ward (Liv. 43, 3)[10], und als durch die *leges de civitate* v. J. 90 die Latinität in Italien selbst völlig beseitigt ward, lebte sie gleichsam zufolge der *lex Pompeja Strabonis* (89) in der den Städten des transpadanischen Galliens verliehenen „com-

*) s. oben § 118. **) s. den Excurs zu diesem Kapitel. †) s. oben § 120.

munalen Latinität" wieder auf: indem diese Städte zu *coloniae latinae* (nach neuerem Recht) erklärt wurden, ohne daß dorthin Colonisten abgeführt waren, trat die Künstlichkeit des angewendeten Begriffs schlagend hervor, und die juristische Fiction war zu einem selbständigen Typus erhoben. Nachdem den Transpadanern das Bürgerrecht zu Theil, und die bisherige Provinz zu Italien geschlagen worden war (i. d. J. 49. 43.), erhielt sich diese Kategorie durch Uebertragung auf Gemeinden und Provinzen außerhalb Italiens fort und gab den Anknüpfungspunkt für die *latini Juniani* der Kaiserzeit.[11]

Auch der internationale Begriff der *dediticii*, welcher auf eine Anzahl im 2. pun. Kriege abtrünniger unteritalischer Gemeinden angewendet wurde, nahm dann eine juristisch-metaphorische Bedeutung an, als diejenigen Sklaven, welche an den sicilischen und campanischen Sklavenaufständen (134—132; 102—99; 73—71) theilgenommen hatten und gebrandmarkt waren, bei ihrer etwaigen späteren Freilassung nicht zur Civität oder Latinität zugelassen wurden, folglich bloß die persönliche Freiheit nach *jus gentium* erhielten und als *dediticii* gelten sollten (*Jsid. Orig. 9, 4, 49*); streng genommen konnten sie nur als solche bezeichnet werden, *qui dediticiorum numero sunt* (Gai. 1, 13). Sie entbehrten durchaus des Röm. Rechts; insofern standen sie neben den Peregrinen und werden wohl auch als *peregrini dediticii* bezeichnet, indeß waren sie insofern noch schlechter gestellt als die Peregrinen, weil sie überhaupt keiner *civitas* angehörten: (*Ulp. fragm. 20, 14*).[12]

§ **191**] Die anderen zwei Hauptkategorien der Römischen Reichsbewohnerschaft bildeten die Peregrinen, welche natürlich vorzugsweise die Provinzen anfüllten, und die Sklaven, welche sowohl in den italischen und Provinzialstädten, als auch gruppenweise über das platte Land verstreut lebten, je nachdem der persönliche oder gewerbliche Dienst es verlangte.

Je mehr die Masse der peregrinischen Bevölkerung innerhalb der hinausgerückten Reichsgrenzen anwuchs und die hellenistische Bildung Ansehn gewann, um so entschiedener gestaltete sich das *jus gentium*, welches wir uns vorzugsweise als ein Erzeugniß des hellenistischen Weltverkehrs vorzustellen haben,* zu einem zweiten (provinziell gegliederten) Reichsrecht (*jus peregrinorum in Orbe Romano*) neben dem *jus proprium Romanorum*.[13] Dies aber mußte zur Folge haben, daß die Idee der privatrechtlichen Persönlichkeit, welche ja auch *jure gentium* anerkannt war, sich für die Römer selbst immer mehr von dem Zusammenhange mit publicistischen Functionen ablöste, sich civilistisch purificirte und consolidirte. Erst vom Gesichtspunkte des rein privaten *caput* aus konnte die Welt des Röm. Privatrechts systematisch durchgebildet werden.

§ **192**] Zweierlei aber tritt in dieser Entwicklung hervor: 1) Es bildet sich, begünstigt durch das colossale Anschwellen des Staats-

*) s. unten § 195.

schatzes und das entwickelte Pachtungssystem, die privatrechtliche Seite des Staats, m. a. W. dessen Vermögenssphäre (*aerarium*)*, und nach dessen Vorgange wohl auch die Vermögenssphäre der italischen und provinzialen Gemeinden zu einem festen civilistischen Typus aus; der Begriff der juristischen Persönlichkeit** dürfte demnach im Laufe dieser Periode zum Abschluß gekommen seyn, so, wie er sich nachher der folgenden Periode als fertiger Gegenstand für theoretische Constructionen darbot, und wie wir ihn heutzutage als ein organisches Glied unseres Privatrechts besitzen. 2) In derselben Weise, wie das privatrechtliche *caput* aus dem Schoße des öffentlichen Rechts, mag sich nun auch das unselbständige *caput* der *filiifamilias* zu einer gewissen civilistischen Existenz herausgearbeitet haben. Je mehr nämlich das Stimmrecht in den Comitien und die Staffel des Aemterwesens, was beides den Haussöhnen so gut wie den Hausvätern offen war, sich ausbildete, mußte die rechtliche Stellung der Haussöhne auch für das Privatrecht ein bedeutsames Relief erhalten. Es ging jetzt nicht mehr an, sie als reine Objecte des väterlichen Privatwillens neben die Grundstücke, Thiere und Geldsummen zu stellen: man erkannte ihnen ausdrücklich Persönlichkeit zu, freilich eine abhängige und unselbständige, aber doch eine Fähigkeit zu rechtlichen Handlungen, welche selbst für den Gewalthaber verbindliche Wirkungen haben konnten. Im Begriff des *peculium*, welcher in der kaufmännischen Sphäre (*actio tributoria*) gipfelte, war die Idee einer civilistischen Filialsphäre und ein neuer Typus geschaffen, welchen es nahe lag dann auch in Anwendung auf die gewerbliche Thätigkeit der Sklaven zu benutzen; und damit war eine Entwicklung angebahnt, welche erst in dem System des *jus naturale* der folgenden Periode ihren theoretischen Abschluß fand.

Literatur: 1) Lange Röm. Alterth. II. S. 443. 446. — 2) Ders. I. S. 435. — 3) Ders. I. S. 448. 453. II. S. 234. 404. 445. — 4) Ders. II. S. 597—604. — 5) Ders. I. S. 449. — 6) Ders. I. S. 450. II. S. 204. 232. Mommsen R. Gesch. II. S. 348. — 7) Lange I. S. 598. — 8) Ders. I. S. 448. — 9) v. Savigny Verm. Schriften III. S. 297. — 10) Voigt d. *jus naturale* d Röm. II. S. 351 ff. 712 ff. Walter R. R.-Gesch. I. § 228. Lange II. S. 111. — 11) Ders. II. S. 112. Mommsen II. S. 243. Voigt *ib.* II. S. 714 ff. Marquardt Röm. Alterth. III. 1. S. 38 ff. 48 ff. — 12) Niebuhr R. Gesch. III. S. 616. Huschke Census d Kaiserzeit S. 164. v. Savigny Verm. Schriften II. S. 49. Voigt *ib.* II. S. 497. 760. Lange I. S. 187. 448. Mommsen I. S. 809. II. S. 250. Anm. — 13) so v. Bethmann-Hollw. Röm. Civilproc. II. S. 134.

XXIII. Kapitel.

V. Privatsphäre.

§ 193] Wir haben anzunehmen, daß in dieser Periode das Röm. Recht immer entschiedener das Gepräge städtischen Wesens annahm und mithin sich namentlich in Betreff der Formen des beschleunigten Verkehrsumlaufs entwickelte. Je größer die Zahl der nicht grundbe-

*) s. unten § 280. **) s. oben § 122.

sitzenden Bürger, und je einflußreicher die Haltung und Stimmung der „kleinen Leute" und der Libertinen im Staatsleben ward, je mehr die Domanialgüter in eigentliches Privateigenthum übergingen und überhaupt der Grundbesitz in den Verkehrsfluß hereingezogen ward, endlich je mehr der Vermögensbestand an Sklaven und Summen gemünzten Geldes wuchs und wichtig ward: um so mehr kam die Tendenz der Mobiliarwirthschaft zur Herrschaft, und mit dem gänzlichen Verfall des Sacral- und Clientenwesens starben die Traditionen ab, welche etwa aus den Zeiten bäuerlicher Einfalt und landwirthschaftlicher Stabilität gerettet waren. Die altväterliche Sitte des sabinischen Stilllebens ward von den eindringenden Wogen des campanischen und hellenistischen Geschäftsdranges überflutet. So bildete sich der in der vorigen Periode angebahnte* volkswirthschaftliche Typus des Röm. Rechts aus, welcher nun geradezu als der der Mobiliarwirthschaft und des städtischen Verkehrslebens bezeichnet werden kann.**

Das (gemünzte) Geld spielte in dieser Entwicklung die Hauptrolle. Die Römer prägten seit Ausgang der vorigen Periode, d. h. etwa seit der Einsetzung der *triumviri monetales* Silbergeld und centralisirten mehr und mehr das Münzgeschäft in Rom;[1] aus den Provinzen, namentlich den orientalischen, strömten unablässig in gemünzten Sorten Capitalien nach der Hauptstadt; Geld ward ein immer mehr gesuchtes Besitzthum, da die Aemtercandidaten Bestechungssummen, die Staatspächter (*publicani*) und Aufkäufer verwirkter Pfandgüter (*praediatores*) prompte Zahlungsposten, die Lebemänner flotte Summen zur Bestreitung ihrer durch die Welle des Augenblicks bedingten Luxusausgaben nöthig hatten. Unter *pecunia* verstand man bald das Privatgut, das eigentliche Vermögen überhaupt; Erb- und andere Gütermassen, auch wenn sie Grundstücke und Sklaven enthielten, wurden mit dem nun typischen Ausdruck *pecunia* bezeichnet: gewiß ein karakteristisches Symptom der allgemeinen Mobilisirung des Wirthschaftswesens!

§ **194**] Mit der Ausdehnung der Röm. Herrschaft über das weite Gebiet der Provinzen eröffnete sich auch für das private Güterleben und die Vermögensverwaltung eine neue Perspective, in welcher wieder die Bedeutung des Geldes für Werthausgleichungen hervortrat (s. z. B. *fr. 39. § 8. D. de adm. tut. 26, 7*). Man unterschied im Umkreis ausgedehnter Privatwirthschaften ein *patrimonium Italicum* und *provinciale* (*fr. 35. D. de her. inst. 28, 5*), oder die *res Italicae* und *provinciales* (*fr. 39. § 7. D. 26, 7*), stellte den *negotia urbica* die *peregrina* gegenüber (*fr. 51. eod.*), die Vormundschaftsführungen verzweigten sich (*tutela regionibus divisa: fr. 3. § 7. D. jud. solvi 46, 6*), und man sonderte die *debitores, creditores, contractus Italici* und *provinciales* (*fr. 47. § 2. 7. D. 26, 7*). Schon Scaevola beschäftigte sich nach einer Mittheilung Ulpians (in *fr. 35. cit.*) bei der Auslegung letzter Willen mit jener Sonderung.

---

*) s. oben § 123. **) s. den Excurs I. zu diesem Kapitel.

Für solche in große Fernen greifende Geschäftsverhältnisse konnte das alte, wesentlich auf Gegenwart der Interessenten berechnete Contractssystem nicht mehr genügen.[2] Die Neigung des Verkehrs drängte zur Individualisirung der Geschäftstypen und zerbrach die Fessel der alten nationalen Schablonen, in welche sich die dem Röm. Staate zuwachsenden neuen Bevölkerungselemente nicht zu finden wußten. So geschah es, daß das solenne Wort an Bedeutung verlor, und die individuelle geschäftliche Intention zum unverhüllten und unverkümmerten, ganzen und freien Ausdruck kam. Man fing an, das Wort nicht mehr schlechthin als Träger und Körper des Willens, sondern als ein bloßes Zeichen neben anderen Erkennungsmitteln zu verstehen; das Wort galt nun nicht mehr als der Wille selbst, wie ehedem, wo in der That nur gewollt ward, was gesagt und vorausgesehen war;[3] es trat also die *fides*, die innere Thatsache des individualisirten Geschäftswillens, welche ihren Maßstab nicht in bestimmten Sanctionen einer *lex*, sondern in dem *arbitrium boni viri* hatte, selbständig hervor, und die *„bona fides“* sah weniger auf das *quod dictum est*, als auf das *quod actum est*, denn *„nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est“* (*fr. 11. § 1. D. de act. emti 19, 1.*); für dieses aber war gleichgültig, ob der Wille durch Rede, Schrift oder auf andere Weise erklärt wurde. Für den Fernenverkehr ward, da die Vermittlung durch Boten (*nuntii*) nicht ausreichen konnte, der Gebrauch der Schrift in freiester Weise immer lebhafteres Bedürfniß, und so sehen wir im Laufe dieser Periode, parallel mit der Entwicklung der Literatur und des Formularprocesses, den Geschäftsverkehr sich urkundlich formiren. Ueberhaupt je mehr der *nudus consensus* zur Herrschaft kam, um so ersprießlicher erschien der Dienst der Schrift, als freie Ausrüstung statt der früheren Gebundenheit der Form. Daß in Gemäßheit der *lex Plaetoria* die Uebervortheilung der Jugend als *circumscriptio* (*adolescentium*) bezeichnet wurde (*Cic. de off. 3, 15*), zeigt, wie das *scribere* als normaler Ausdruck des Rechtsgeschäfts erschien, und die gewiß alte Regel *„in emendo et vendendo naturaliter concessum est, invicem se circumscribere“* (*fr. 22. § 3. D. loc. 19, 2*) belehrt uns, daß frühzeitig die Scriptur in Verbindung mit Consensualcontracten gedacht wurde. Im 2. pun. Kriege hatte die Zunft der Privatschreiber (*scribae*), welche dem Bedürfniß des Publicums diente, ihren Versammlungsort im Minervatempel angewiesen erhalten (*Fest. s. v. Scribas*): dies zeigt die wachsende Bedeutung des Schreibergewerbes und Schriftgebrauchs im Verkehr.

§ **195**] Zum größten Theil ist die Um- und Fortbildung des Rechts dieser Periode auf den Einfluß des *Jus Gentium* zurückzuführen; an dieser schöpferischen Bewegung aber kann eine doppelte Richtung unterschieden werden: 1) indem viele Campanier und Unteritaliker theils durch Massenaufnahme, theils durch Freilassungen von Sklaven, zur Civität gelangten, erzeugten sich aus dem Schoße der erweiterten Bürgerschaft selbst neue Impulse: die Aufnahme der *bona fides* in die *sti-*

pulatio und *tutelae administratio*, sowie die in der *actio rei uxoriae* und *querela inofficiosi testamenti* sich kund gebende Ausdehnung des *liberum officium judicis* mögen dahin gehören; 2) indem aber durch das Wachsthum des Provinzialgebiets Massen von Peregrinen in das Röm. Reich und in immer regeren Verkehr mit Italien traten, mußte außerdem der Andrang peregrinischer Ideen zum äußeren Anlaß rechtlicher Neuerungen werden: beispielsweise dürfte das vom System der Consensualcontracte sowie der *condictiones sine causa* anzunehmen seyn. Die Ergebnisse jener von Innen und dieser von Außen anhebenden Bewegung sind dann von den Römern selbst zusammen auf Rechnung des *jus gentium* geschrieben worden.[4]

Die neuen unter diesem Titel auftretenden Ideen trugen ein kosmopolitisches Gepräge, indeß ist das *jus gentium* keineswegs so abstracter Natur gewesen, als insgemein angenommen worden ist. Die vorherrschende Culturkraft der damaligen Zeit war die hellenistische. Wie auf der Grundlage des alexandrinischen Staatensystems sich eine griechische Weltsprache (ἡ κοινή), das Organ aller damals Gebildeten, entwickelt hatte, so auch ein System rechtlicher Anschauungen, welches durch den Seeverkehr der griechischen Handelsleute befestigt und ausgebreitet worden. Nicht von den barbarischen Grenz- und Bergvölkern, sondern von den noch in der Unterjochung geachteten Hellenen entnahmen die Römer die Vorbilder und Motive ihres modernen Rechts, und so haben wir uns das *jus gentium* seinem Inhalte nach vorzugsweise als die hellenistische gemeine Rechtspraxis vorzustellen.[5] Aus ihr zogen der neue *mos Civitatis* und das *edictum Praetoris* ihre Nahrung.*

§ **196**] Unter den Gesichtspunkt des *mos Civitatis* sind folgende Entwicklungsmomente zu stellen. Neben der *mancipatio*, welche auf *res nec mancipi* keine Anwendung zuließ, und der *in jure cessio*, deren gewaltuntergebene Personen unfähig waren, ward die einfache *rei traditio* (auch *occupatio* und *perceptio*) behufs der Eigenthumsübertragung anerkannt, so daß durch sie an *res nec mancipi justum dominium* erworben werden konnte; es spiegelte sich in dieser Anerkennung die wachsende Bedeutung der fungiblen Verkehrswerthe, namentlich des baaren Geldes (Silbergeldes). Zur Seite ging die Anerkennung der formlosen Verabredung einer Vertrauensgabe (*fiducia*), womit der erste Schritt zur Entwicklung des Realcredits geschah, und die freien Realcontracte des *depositum, commodatum* und *pignus* vorbereitet wurden.

Unter dem Einflusse der Jurisprudenz entfaltete sich das System der Consensualcontracte,[6] als deren Grundidee das auf die *bona fides* gegründete „*id quod actum est*", welches im Proceß seinen entsprechenden Ausdruck in der klägerischen Clausel „*qua de re agitur*" fand,[7] erkannt wurde; die künstliche Geschäftsmodalität der Bedingung

---

*) Vergl. oben § 184 und die weitere Ausführung in meiner Abhandlung „Ueber den *mos Civitatis* als Receptionscanal des *jus gentium* neben dem Prätorischen Edict" in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. 9. (1867) S. 503—550

(*conditio*) fand hier zuerst ihre theoretische Ausbildung. Auf der nämlichen Grundidee beruhte die Verallgemeinerung des Solutionsbegriffs, welche darin bestand, daß nun nicht mehr schlechthin ein *in contrarium agi* erforderlich schien, um eine *obligatio ipso jure* zu resolviren, sondern dazu der Naturalact der Zahlung allenthalben genügend erachtet wurde: was namentlich für die *stipulatio*, welche gleichfalls jetzt mit der *bona fides* in Verbindung gesetzt wurde, wichtig war. Endlich wurde in der Ausbildung des Systems der *condictiones sine causa* das geschäftliche Causalmoment zur vollen selbständigen Geltung erhoben und damit dem alten starren Formalprincip die letzte Spitze abgebrochen.[8]

Vorzugsweise waren es Ehe, Tutel, testamentarische Erbeinsetzung und Legat, in welchen in alter Zeit die hausherrliche Privatsouveränetät des Römers zu gipfeln schien, wobei es auch sich um größere Vermögensmassen auf ein Mal handelte, und welche daher als die 4 eigentlichen Hauptstücke des nationalen *jus civile* (*libri quatuor singulares*) galten.[9] In Betreff aller vier Stücke erwies sich der *mos Civitatis* fruchtbar: er schuf das Recht der *dos* und die *actio rei uxoriae*, mit welcher die Entwicklung der freien Consensualehe eng zusammenhing[10]; er führte die Schranke der *donatio inter virum et uxorem* ein; er gestaltete das Recht der *tutela* zu einer Pflicht um, indem er die zwei Momente, daß sie ein *munus publicum* sei und eine *actio tutelae* erzeuge, heraushob; er beseitigte auf dem Wege der *desuetudo* die alte *hereditatis usucapio* und entwickelte das System der lucrativen Singularusucapionen. Er vollzog die Umwandlung des mündlichen Mancipationstestamentes in das schriftliche[11] und gab dadurch den anfänglichen Anstoß erst zur Entwicklung der Vulgarsubstitution und später der Testamentsquerel, d. h. eines materiellen Notherbrechts, welches die weiteste Abkehrung von der altnationalen Testamentsherrlichkeit des Röm. Privatmanns enthielt. Endlich ist wohl auch die Ausbildung des Vindicationslegats betreffs Fungibilien und namentlich diejenige des Damnationslegats auf Rechnung des *mos Civitatis* zu schreiben.

§ **197**] Neben diese Entwicklungsreihe stellte sich das prätorische Edict, welches mit dem Interdictenschutz den Begriff der *possessio rei*, so wie in formaler Anknüpfung an die *usucapio* den Begriff des bonitarischen Eigenthums entwickelte, neben den Servituten noch andere *jura in re aliena* (*hypotheca, emphyteusis, superficies*) zur Anerkennung brachte, und außerdem das Gebiet der Servituten selbst nicht bloß bedeutend erweiterte, sondern auch von mancherlei Schranken befreite.[12]

Die *actio* hat für die *obligatio* eine ähnliche Bedeutung, wie die *rei possessio* für das *dominium*: wie die *possessio*, so ward daher vom Prätor folgerecht auch der Begriff der (obligatorischen) *actio* selbständig ausgebildet, was sich in praktischer Anwendung namentlich bei der *procuratio in rem suam* (*actio cessa*) und gewissermaßen auch bei den *actiones*

pulatio und *tutelae administratio*, sowie die in der *actio* … neuer Ob-
querela inofficiosi testamenti sich kund gebende Aus… …ennung ge-
rum officium judicis mögen dahin gehören; 2) in… …er das System
Wachsthum des Provinzialgebiets Massen von P… …ere Behandlung
Reich und in immer regeren Verkehr mit Itali… …end er einerseits in
dem der Andrang peregrinischer Ideen zum … …t immer an das über-
Neuerungen werden: beispielsweise dürft… …te Standpunkte erfolg-
sensualcontracte sowie der *condictiones* … *pactum hypothecae* in das
Die Ergebnisse jener von Innen und … seinem Princip der *concessio*
Bewegung sind dann von den Röm… …er Hauskinder an; so durch-
des *jus gentium* geschrieben word… …ranke des Agnatensystems. Die
Die neuen unter diesem T… …arallele der *rei possessio:* wie auf
mopolitisches Gepräge, indeß … …*ssio* und in anfänglicher Anlehnung an
ter Natur gewesen, als ins… …der *Publiciana in rem actio* geschaffen und
herrschende Culturkraft … *dominus* gegenüber durchsetzbaren dinglichen
Wie auf der Grundlage … worden war, so ward auch der Erbschaftsbesitz in
griechische Weltspr… alte *hereditatis usucapio* nicht bloß mit einem In-
entwickelt hatte, s… sondern selbst mit einem, unter Umständen auch dem
ches durch den P… wirksamen dinglichen Rechtsschutz ausgestattet. Der
ausgebreitet w… nicht bloß den Cognaten und Ehegatten ein subsi-
völkern, son… …recht (nach den Agnaten), sondern berief selbst die
nen entnah… Erbfolgerecht … Cognaten (emancipirten Nachkommen) zur Erbfolge-
Rechts, … descendentischen Cognaten … mit den agnatischen Descendenten (*sui*), indem er ihnen
zugsw… *Concurrens* … die Einwerfung ihres Eigenvermögens zur Pflicht machte:
stelle… dabei nur zuerst bei der Intestaterbfolge, dann aber im Fall eines
tor… er that dies … Testamentes, wenn wegen Präterition die Voraussetzun-
gen des vorhandenen formellen Notherbrechts gegeben waren.[14] Endlich half der
Prätor auch für mancherlei wichtige Verkehrsinteressen durch Gewäh-
rung einzelner erbrechtlicher *remedia* und *beneficia* nach, z. B. durch
das *beneficium abstinendi* zu Gunsten der *heredes* (*sui ac*) *necessarii*,
damit diesen nicht eine *damnosa hereditas* aufgezwungen werde.

§ 198] Die zwei in kurzen Zügen geschilderten Entwicklungsreihen stehen neben einander, und es lassen sich manche Parallel- und Convergenzpunkte in ihnen nachweisen. Neben dem *justum dominium* an *res nec mancipi* durch *traditio, occupatio* und *perceptio* steht das *rem in bonis habere*, welches zunächst bei einfacher Tradition oder Occupation von *res mancipi* wichtig war. Neben das *pactum fiduciae* stellte sich das *pactum hypothecae*, indem der Prätor das *pactum* von dem Verband mit der solennen *mancipatio* und *in jure cessio* losmachte und der formalen Idee des Eigenthumsübergangs die materiell zutreffendere und elastischere Idee der *obligatio rei* substituirte.

Von dem civilrechtlichen *mandatum* war der Uebergang zur prätorischen *negotiorum gestio*, von der *locatio conductio* zur *mensoris adhibitio*, von der *novatio* und der *fidejussio* zum *constitutum debiti* (*proprii* und *alieni*) und bez. zur *cessio nominis*, endlich von der Solidarobliga-

'ones *adjecticiae qualitatis* ziemlich nahe gelegt. Die *ex-*
nis (zunächst *ex eadem causa*) hatte ihr civilrecht-
n *dotem* und *peculium ipso jure minui*;[15] die civilen
'ienklagen griffen vielfach in einander.[16]
io edictalis bildete das große Seitenstück der
i deren Ausbildung knüpfte der Prätor mehr-
'en des Civilrechts an; so gab er nach Ana-
'elche bei der testamentarischen *heredis*
.en, ein gleich langes *spatium agnoscendi*
usetzung der *successio ordinum et graduum*
ıdem man sich mit der Ausbildung der Vulgar-
, *plures gradus heredum facere* und an die Künstlich-
..uellen oder bedingten Erbberufung gewöhnt hatte.

.] Um den geschlossenen und nur langsam sich erschließen-
..ern des Röm. Rechtsbewußtseyns setzte sich infolge der Reichserweiterung eine bunte Mannichfaltigkeit von Rechtsanschauungen und Rechtssitten an; Rom ließ dieselben zunächst völlig gewähren, sofern sie nicht dem Röm. Staatswesen und Rechtsverkehr selbst unmittelbaren Schaden drohten, wovon die *lex Sempronia, ut cum sociis ac nomine Latino pecuniae creditae jus idem, quod cum civibus Romanis, esset* (*193*), und die *lex Gabinia, ne provincialibus liceret, Romae versuram facere* (*67*), Beispiele geben.* Aus dem bekannten Briefe Cicero's, welchen derselbe aus seiner Provinz Cilicien (50. 704 d. St.) an Atticus schrieb (*ad Att. 6, 1, 12*), ersehen wir, daß es ein Stolz tüchtiger Provincialregenten war, die Griechen, die Peregrinen „*suis legibus*" und „*peregrinis judicibus*" leben zu lassen (vergl. Cic. in *Verr. 2, 21; 37, 90*). Pseudo-Ascon. in *Verr. II, 2. § 32* bestätigt das, indem er sagt: *Apud veteres non Romano tantum jure, sed et suae cujusque civitatis legibus agebatur.***

Literatur: 1) Niebuhr R. Gesch. III. S. 646. Mommsen Gesch. des Röm. Münzwesens (Leipz. 1861) S. 366. Röm. Geschichte II. S. 404—7. Lange Alterth. I. S. 761. II. S. 110. — 2) Ihering Geist d. R. R. III. S. 144. — 3) Kierulff Theorie d. Civilr. I. S. 20. Michelsen Ueb. d. *festuca notata* S. 5. Danz d. sacrale Schutz im R. R. S. 4. 17. 131. — 4) Voigt das *jus naturale* d. Röm. II. S. 631. 650. 675. — 5) Ders. S. 606. 636. 644ff. — 6) Demelius i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 198. 206. Bekker *ibid.* III. S. 437. 442. Voigt d *jus naturale* d. Röm. II. S. 543. 609. 620. 629. 651. — 7) v. Bethmann-Hollw. Röm. Civilproc. II. S. 212. — 8) Voigt Ueb. d. *condictiones ob causam* S. 232. 241. 245. 263. — 9) Leist Gesch. d. Röm. Rechtssysteme S. 34. 56. 59ff. — 10) Bechmann Röm. Dotalrecht S. 41ff. 72ff. Voigt d. *lex Maenia de dote* S. 20. 34. 41. 59. — 11) Voigt II. § 34. S. 248. Köppen System d. Röm. Erbr. I. S. 61. 64. Ihering II. S. 164. Anm. 204 (d. 1. Aufl.). — 12) Schmidt in Bekker's Jahrb. III. S. 250ff. — 13) Huschke Gaius, Beitr. z. Kritik S. 128—142. — 14) Köppen I. S. 29ff. — 15) Ihering Geist d. Röm. R. III. S. 69. 73—77. 100. 106. — 16) Huschke *l. c.* S. 146.

---

*) s. Excurse zu § 177—187. No. I. sub I. 5.
**) s. den Excurs II. zu diesem Kapitel.

XXIV. Kapitel.

VI. Rechtspflege: 1) Sponsionen- und Interdictenproceß.

§ **200**] Der Kreis von Fällen, in welchen durch das ausdrückliche Wort des Gesetzes oder durch die erweiternde Rechtsanalogie der juristischen Praxis der straffe Rechtsschutz der Legisactionen gewährt war, erschien in alter Zeit ausreichend, aber nun nach so bedeutenden Umgestaltungen des ganzen Röm. Wesens immer mehr als zu eng, denn mit dem Aufblühen des in Italien sich sichrer gestaltenden Rechtsverkehrs und infolge des Schwindens der nationalen Sitte verlangten viele neue Vorkommnisse des complicirteren Geschäftslebens einen ihrer modernen Art angemessenen Schutz; gar manche bisher von der naiven Sitte getragene Verhältnisse des nachbarlichen und gemeindlichen Zusammenlebens weckten jetzt mehr und mehr das Bedürfniß geregelter Rechtsmittel.

Bisher war auf doppeltem Wege die Möglichkeit gegeben, anderweite Fälle in den Bereich des Rechtschutzes zu ziehen: durch Abschließung privater Sponsionen und durch Erwirkung prätorischer Interdicte. Beide Rechtsmittel lenkten, wenn sie einmal eingeleitet waren, in den Gang des gerichtlichen Verfahrens ein und gelangten so zur Entscheidung *in judicio;* aber bei dem ersteren hing die Einleitung vom freien Entschluß und Uebereinkommen der beiden Parteien selbst ab, während im anderen Fall der Prätor, auf Ansuchen der einen Partei, kraft seines Imperium einen Zwang auf die Gegenpartei ausübte. Auch der erstere Fall war allerdings nicht ganz zwanglos, denn es galt unter Röm. Bürgern als Ehrensache, auf die vom Gegner angebotene Sponsion einzugehen, und die Ablehnung erschien in der öffentlichen Meinung als Eingeständniß der Schuld; aber im anderen Falle ward vom Prätor directer Zwang geübt durch Ge- oder Verbot und Androhung nachtheiliger Rechtsfolgen der Widerspenstigkeit.

Beide Fälle enthielten eine Art Proceßwette und wiesen insofern auf den alten Sacramentsproceß und bez. die *legis actio per condictionem* zurück;* die Sitte des Wettens war eine altnationale der Römer,[1] ganz entsprechend dem energischen Sinn, welcher es liebt, die entgegengesetzten Ansprüche als gegnerische Behauptungen mit persönlichem oder die persönliche Ehre vertretendem Einsatz zur Geltung zu bringen und markante Zeichen des Siegens und Unterliegens aufzurichten.

§ **201**] **A. Das Sponsionsverfahren.** Es konnten — schon zur Zeit des Legisactionen-Processes: Liv. 3, 24. 57 (*judicem ferre alicui*); Valer. Max. II, 8, 2 — Streitpunkte aller Art durch vertragsmäßige Einkleidung in das Gewand einer Bedingung zur richterlichen Cognition im ordentlichen Proceßwege gebracht werden: der hierzu dienende

*) s. oben § 139. 149. u. Excurse zu § 132—150. No. III.

Vertrag war ein Verbalvertrag (*sponsio*), durch welchen der Eine, nämlich der nachherige Beklagte, dem Gegner eine Geldsumme für den Fall gelobte, daß die vom Letzteren, dem nachherigen Kläger, aufgestellte Behauptung vom Richter würde wahr befunden werden. Gai. 4, 93. Da hierbei die (bedingt gelobte) Geldsumme den directen Klaggegenstand, m. a. W. die formelle Rechtsfrage bildete, und der materielle Streitpunkt nur als Vorfrage an den Richter kam,[2] so war die Natur des Streitpunktes ganz gleichgültig: a) er konnte selbst die Natur eines Rechtsverhältnisses, z. B. Eigenthums an einem Grundstück, haben, welches man aber vielleicht vorzog, im Wege der persönlichen Sponsionsklage (*ex lege Silia*), statt im umständlicheren und durch die hohe Sacramentssumme unbequemen Vindicationsproceß durchzusetzen; zu Cicero's Zeit scheint der Kläger die Wahl zwischen der *legis actio* vor den Centumvirn und der *in rem actio per sponsionem** gehabt zu haben; noch Gai. 4, 91 erwähnt diese *in rem actio per sponsionem* als vorkommend neben der *per formulam petitoriam*;[3] b) oder er hätte sich zwar wohl zu einer rechtlichen Erörterung und Entscheidung geeignet, allein es fehlte vielleicht die erforderliche Unterlage in Gesetzen und Praxis, z. B. zu einer Zeit, wo es noch keine auf *bona fides* gegründete Societätsklage gab, ward eine *sponsio* geschlossen, daß Negidius, wenn er die übernommenen Societätspflichten nicht erfüllt haben würde, eine Summe an den Agerius zahlen solle; c) oder auch der Streitpunkt war wegen seiner inästimablen, rein ethischen oder ästhetischen Natur überhaupt nicht geeignet, als Rechtsfrage behandelt zu werden, z. B. ein Streit darüber, ob durch das Verdienst des Valerius der Sieg bei den Aegatischen Inseln gewonnen worden.[4]

Die Sponsion, welche hier in's Mittel trat, schuf ein neues Rechtsverhältniß unter den Parteien: die bedingte Schuld einer Geldsumme;[5] der Kläger klagte formell: *adversarium sibi dare oportere sponsionis summam* (Gai. 4, 93); der Richter hatte seine Entscheidung auf die bedingte Schuld zu stellen, und die Erwägung der bedingenden Vorfrage war für ihn nur Mittel zum Zweck; allein was für ihn bloßes Mittel, war für die Parteien der eigentliche Zweck, denn es kam diesen vorzüglich darauf an, einen richterlichen Ausspruch über die Vorfrage herbeizuführen, „*propter hoc solum fit sponsio, ut per eam de re judicetur*“ (Gai. 4, 94).

§ **252**] Die Sponsion konnte als bloßes Proceßorgan gemeint seyn; eine solche genügte, wenn es eben nur darauf ankam, einen richterlichen Ausspruch herbeizuführen, und Aussicht auf nachherige freiwillige Erfüllung der eigentlichen Streitsache vorhanden war: *sponsio (mere) praejudicialis.* Die Sponsionssumme ward daher hier ganz niedrig gegriffen, ohne alle Rücksicht auf den Werth der materiellen Streitsache, und von Eintreibung derselben nach erfolgtem Urthelsspruch war keine Rede.[6] Wollte sich der Kläger noch besonders wegen

---

*) s. unten § 249.

seines Anspruchs sicher stellen, so konnte er dies durch das Ansinnen eines besonderen Leistungsversprechens (*stipulatio pro praede litis et vindiciarum*) an den Gegner für den Fall der Verurtheilung (Gai. 4, 94) erreichen,[7] oder aber er proponirte eine Pönalsponsion.

Die *sponsio poenalis* unterschied sich von der reinen Präjudicialsponsion dadurch, daß sie in Ansehung der Erfüllung ernstlich gemeint war und immer gegenseitig eingegangen wurde. Indem nämlich die Summe hier beträchtlich höher, d. h. so hoch gegriffen wurde, daß in der Leistung derselben seiten des unterliegenden Beklagten der Kläger Befriedigung wegen seines eigentlichen Anspruchs erhielt: war in dieser Leistung ein Ersatz des klägerischen Interesses gegeben; aber da es solchenfalls unbillig gewesen wäre, nur den einen Theil einer solchen Gefahr (und Strafe grundlosen Streitens) auszusetzen, so ergab sich die Sitte von selbst, mit der Sponsion die Repromission einer gleichen Summe zu verbinden, welche Kläger im Falle der Freisprechung des Beklagten an diesen zu erlegen hatte. Diese beiderseitige Pönalsponsion, durch welche eine Gleichheit des Risico für beide Theile geschaffen ward, glich demnach einer Wette mit beiderseitigem Einsatz.[8]

Die eingegangene Sponsion führte wahrscheinlich nicht unmittelbar in das *Judicium* über, sondern gab nur die erforderliche Grundlage für die *legis actio* (*sacramento* oder *per condictionem*) ab, welche in üblicher Weise vor dem Prätor eingeleitet wurde (Gai. 4, 95 in Verb. m. 4, 93).[9] An die Stelle der *legis actio* trat dann die *formula*, und auch in der Anfangszeit des Formularverfahrens „bei der geringen Zahl ausgebildeter Specialformeln“ blieb die *sponsio* ein wichtiges Ergänzungsorgan.

§ **203**] **B. Das Interdictsverfahren.** Der Druck der öffentlichen Meinung reichte nicht immer aus, um dem, welcher einen Anspruch erheben wollte, in der oben bezeichneten Weise den gerichtlichen Weg (zur *legis actio*) zu eröffnen; die Autorität des Prätors mußte nachhelfen. Nun war aber dazu, daß der Prätor kraft seines Imperium eingriff,[10] insbesondere da ein Anlaß, wo es sich mittel- oder unmittelbar um den öffentlichen Frieden — dies der hauptsächlichste Grund der Interdicte — handelte, und die vorläufige Herstellung des äußeren Besitzstandes (was nicht selten einer späteren Definitivsentenz über das Recht selbst noch Raum ließ) Bedürfniß schien. Gai. 4, 139; Isidor. Orig. 5, 25 (*interdicta = interim dicta?*). Dies war der Fall

1) bei ungebührlichem Gebahren auf öffentlichen Straßen, Plätzen, Gewässern oder an heiligen Stätten (Dig. 43, 6—8. 10—15); solche Interdicte waren meist jedem Bürger zuständig (*interdicta popularia*: *fr. 2. § 34. D. ne quid in loco publ. 43, 8*);*

2) bei thatsächlicher Vergewaltigung von Personen: *interdicta de homine libero exhibendo*, *de liberis exhibendis et ducendis*, *de exhibendo*

*) s. unten § 207 sub 1) und sub 3).

*liberto, cui patronus operas indicere vellet** und *de migrando* (*Dig. 43, 29. 30. 32; fr. 2. D. de interd. 43, 1*);

3) unter Umständen auch „*rei familiaris causa*", nämlich a) behufs Regulirung des factischen Besitzstandes gegenüber Besitzstörungen überhaupt, sei es, daß es sich um die gewöhnliche Eigenthumsausübung (s. g. possessorische Interdicte**), oder aber um Aufrechthaltung eines vom Prätor selbst erst außerordentlicher Weise verfügten Besitzstandes handelte, also zum Schutze eines *in possessionem* oder *in bona missus* oder beim *interd. fraudatorium*, *sectorium*, *quorum bonorum*,*** *quod legatorum;* b) behufs Regulirung des Grenzverkehrs zwischen Nachbargrundstücken zum Schutze gewisser mit der Ausübung des Eigenthums zusammenhängender Befugnisse, z. B. *interd. quod vi aut clam*, *de glande legenda* (*Dig. 43, 25. 27. 28; fr. 9. § 1. D. de damno inf. 39, 2:* bei Ueberschwemmungen).[11]

In diesen Fällen war durch das Civilrecht kein Schutz gewährt, und doch das Privatinteresse vielfach betheiligt: dieser Mangel aber zeigte sich um so empfindlicher, als polizeiliche Verwaltungsbehörden, welche von Amtswegen eingeschritten wären, im republicanischen Rom fast ganz fehlten, und gerade in dem bezeichneten Gebiete ein rasches und umstandsloses Einschreiten oft dringendes Bedürfniß war. Anfangs mag der Prätor selbst meistens durch amtliche Befehle solche Fälle vor ihn kommender Beschwerden in Kürze erledigt haben, indeß führte seine Ueberhäufung mit Amtsgeschäften und die, allenthalben geordnete Rechtswege verlangende, feinere Bürgersitte endlich dazu, daß der Prätor bald alle derartigen Sachen zum Judicium aussetzte und sich vorläufig begnügte, dem Verfahren einen versuchsweisen Befehl (*interdictum*) an die Partei vorausgehen zu lassen, von welcher es dann hieß: *interdicto teneri.*

§ **204**] Neben den Interdicten† fand in gewissen Fällen der Prätor auch Anlaß, unmittelbar durch Auflegung einer *stipulatio* einem Imploranten die Geltendmachung seines Anspruchs (durch *legis actio*, später durch *formula*) zu vermitteln: so durch die *cautio rem ratam haberi*, welche der *procurator* —, *rem pupilli salvam fore*, welche der Vormund —, *damni infecti*, welche derjenige, dessen baufälliges Gebäude dem Nachbar Schaden drohte, zu leisten angehalten wurde. Solche *praetoriae stipulationes* hießen *cautionales*, weil sie ein selbständiges Klagrecht begründeten („*actionis instar habent*"), zum Unterschied von den bloßen *judiciales*,†† welche nur als Incidentpunkte eines an sich begründeten Processes vorkamen: *fr. 1. D. de stipp. praet.* (*46, 4*).[12]

§ **205**] Das **Interdict** war ein **Befehl**; derselbe ward auf Antrag des Interessenten (Interdictswerbers, Impetranten, Imploranten)

---

*) s. unten § 207. sub 2. **) s. unten § 209. ***) s. unten § 207. sub 3).

†) Der Kreis der eigentlichen Criminaljurisdiction bleibt hier außer Betracht. Ueber das Röm. Strafverfahren dieser Periode s. d. Excurse zu diesem Kapitel No. III.

††) s. unten § 218.

— in späterer Zeit, d. h. nach Ausbildung des Edicts, gewöhnlich auf Grund desselben, indem es für die regelmäßigen Fälle allgemeine Interdictsformulare enthielt — an den Gegner (*adversarius*, Imploraten) nach dessen Anhörung erlassen: der Antrag hieß *postulare, rogare* oder *movere interdictum* (*fr. 1. D. de loco publ. 43, 7; fr. 3. § 13. 14. D. de hom. lib. exh. 43, 26*), auch kurz *interdicere* (*Quinctil. III, 6, 71*) oder *interdicto uti v. experiri* (*fr. 3. § 17. D. de vi 43, 16*); die Gewährung hieß *interdictum reddere s. edere.**

Das Ansehn des Prätor führte meist dahin, daß infolge Willfahrung des (schuldbewußten) Gegners der Implorant in Kürze und ohne weiteres Verfahren seinen Zweck erreichte, denn die *confessio in jure* machte das *Judicium* überflüssig; unter Umständen bewilligte dabei der Prätor dem Imploraten eine billige Frist zur Erfüllung (*fr. 1. § 1. D. de tab. exh. 43, 5*). In dieser die factische Regel bildenden Abwendung des Processes lag die beschleunigende Kraft der Interdicte und neben der Strafsponsion** auch der Hauptgrund, warum der Prätor später ungeachtet des entwickelten Systems der *in factum actiones* immer noch Interdicte handhabte,[13] z. B. das *interd. fraudatorium* neben der *actio Pauliana* (*fr. 10. pr. D. quae in fr. cred. 42, 8*). Das Verfahren selbst aber, wozu es nach dem Interdict trotz und auf Grund desselben kommen konnte, war nicht kürzer, als der geregelte Proceßweg überhaupt. Nähere Umstände, welche dabei in Betracht kamen, konnten vom Prätor, nach Art der *exceptiones* bei der *actio*†, zum Anhalt für den Richter beigefügt werden, z. B. die *exceptio permissionis* (*fr. 3. § 2. D. quod vi 43, 24*).

Das Interdict war ein bedingter Befehl; nur bedingt[14] konnte er seyn, weil er ohne allen Beweis erlassen und dem Gegner, welcher es zum Proceß kommen lassen wollte, die Verantwortung und Vertheidigung im ordentlichen *Judicium* gewahrt bleiben sollte; von der eigentlichen *formula*††, welche eine Instruction an den *judex* war, unterschied er sich dadurch, daß er nicht an den künftigen *judex*, sondern persönlich an den Gegner gerichtet wurde; wegen dieser persönlichen Richtung sagte Ulpian (*fr. 1. § 3. D. de interd. 43, 1*): *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta* (d. h. obschon die im Edict aufgestellten Formulare allgemein lauten), *vi tamen ipsa personalia sunt* (*interdicta* = *inter duos dicta; § 1. J. de interd. 4, 16; Gai. 4, 160; Cic. pr. Tull. 29*). Wie die Abhängigkeit der Litiscontestation vom Ausgang des *Judicium* mit einer Suspensivbedingung, so könnte die Bedingtheit des Interdicts mit einer Resolutivbedingung verglichen werden.

§ **206**] Aber der Prätor ordnete, obschon er gleich im Eingang durch den Befehl energischer in das Verhältniß eingriff, als im gewöhnlichen Klagverfahren, doch nun nicht ohne Weiteres das *Judicium* an, sondern bereitete dasselbe durch die vermittelnde Thätigkeit der Parteien selbst, d. h. durch Sponsionen vor, zu welchen er die Parteien *in*

*) s. unten § 256. **) s. unten § 206. 216. †) s. unten § 240. ††) s. unten § 227.

jure nöthigte. Mit diesem Ansinnen der Sponsion, deren Weigerung den Imploraten einem *confessus in jure* gleichstellte, lehnte sich der Prätor an die nationale Sitte der Proceßwette an und legalisirte so gleichsam das neue Interdictsverfahren; indicirt aber war hier das Ansinnen von Strafsponsionen dadurch, daß es auf Seiten des Gegners (des Imploraten) eine gewisse Böswilligkeit (*temeritas litigandi*) verrieth, wenn er der ihm vorgeworfenen Ungebührlichkeit schuldig doch der Mahnung des interdicirenden Magistrats nicht gefügig war oder trotz der vorhergehenden Warnung desselben nachher die Ungebührlichkeit beging. Er mußte sich daher zu einer eventuellen Strafverpflichtung verstehen: *sponsio poenalis*, und zum billigen Ausgleich der processualen Parteienstellung, sowie zur Warnung, daß der Prätor nicht leichtsinniger Weise mit Anträgen behelligt werden dürfe, hatte der Implorant seinerseits gleichfalls sich eventueller Privatstrafe durch *repromissio* zu unterziehen. Insofern involvirte das Interdict ein *provocare sponsione*, und das *agere ex interdicto* (*reddito*) war ein *agere cum poena*.*

Dies geschah so: der Implorant begann die Wechselsponsion: *Si adversus Edictum* (*fr. 102. D. de R. J.*) *Praetoris vim fecisti, tot nummos mihi dare spondes?* Sein Gegner mit *Spondeo* antwortend fuhr darauf fort: *Si non vim feci, totidem nummos dare mihi spondes?* worauf der Implorant die Repromission mit *Spondeo* schloß. *Cic. pr. Caec. 8. 16. 32.*[15]

§ **207**] Die Interdicte waren entweder negative (*interdicta* im eng. S.) oder positive Befehle (*decreta*); auf dieser Unterscheidung (Gai. 4, 139—142) beruhte die Eintheilung der Interdicte ihrem Zweck nach[16] in 1) *prohibitoria* d. h. Verbote, durch welche dem Imploraten die Unterlassung eines Handelns angesonnen wurde und also zukünftige Verletzung verhütet werden sollte, z. B. Verbot eines positiven Eingriffs in das Recht des Imploranten, wie beim *interd. Ne quid in loco publico facias* (Digest. 43, 8) oder *In loco sacro quod deformitatis est facere inve eum immittere quid veto* (Dig. 43, 6), oder Verbot einer Behinderung des Imploranten in Ausübung seines Rechts wie beim *interd. Quominus illi loco publico frui* oder *viam publicam reficere liceat, vim fieri veto* (Dig. 43, 9) oder *Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auffere liceat, vim fieri veto* (Dig. 43, 28).

2) *exhibitoria* d. h. Gebote, welche auf Vorzeigung einer Mobilie, z. B. einer Testamentsurkunde gingen: *Quas tabulas Titius reliquisse dicetur, si hae penes te sunt, ita eas illi exhibeas* (Dig. 43, 5), oder auf Vorstellung eines Menschen: *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas* (Dig. 43, 29), welches gegen jeden zustand, der nicht Gewalthaber, Ernährer oder Patron war. *Exhibere* bedeutete im Allgemeinen: *extra secretum habere* und *praesentiam corporis prae-*

---

*) s. unten § 212.

bere, auf Mobilien angewandt: *materiae ipsius apprehendendae copiam facere*, und auf Menschen: *in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praebere* (*fr. 22. D. de V. S.; fr. 3. § 8. D. de tab. exh. 43, 5; fr. 3. § 8. D. de hom. lib. exh. 43, 29*).

3) *restitutoria* d. h. Gebote, welche zunächst auf Besitzübergabe berechnet waren, z. B. *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis* (*pro herede aut pro possessore*) *possides, id illi restituas* (Dig. 43, 2) — *Quod precario ab illo habes, id illi restituas* (Dig. 43, 26), dann aber mit erweitertem Wortsinn (*fr. 22. D. de V. S.*) noch auf andere Zwecke erstreckt wurden, namentlich auf Beseitigung gewisser Veränderungen der Bodenfläche* z. B. *Quod vi aut clam* (*opus in solo* — Fälle in *fr. 7. § 5—10. D. h. t.*) *factum est, restituas* (Dig. 43, 24) — *Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via, idve iter deterius sit, fiat, restituas* (*fr. 2. § 35. 43. D. ne quid in loco publ. 43, 8*), oder auf Beseitigung gewisser vom Gemeinschuldner (Cridar) zum Nachtheil der Gläubigerschaft vorgenommener Vermögensverkürzungen (*revocatio ejus, quod fraudandorum creditorum causa factum est: „restitutio in pristinum statum, sive res fuerunt sive obligationes“*, d. h. Veräußerungen an Dritte oder Befreiungen von Schuldnern: *fr. 10. § 1. 22. D. quae in fraud. cred. 42, 8*), worauf das s. g. *interd. fraudatorium* abzweckte mit der Interdictsformel: *Quae Titius fraudandi causa, sciente te, in bonis fecit, ea illis* (*sc. creditoribus*) *restituas* (*fr. 10. pr. eod.*). — Es konnte hierbei auch zugleich Ersatz des zugefügten Schadens in Frage kommen, welcher gleichfalls unter dem *Restituas* mit begriffen gedacht wurde (*fr. 81. 246. § 1. D. de V. S.*).

§ **208**] Widerstand also der Implorat, etwa weil er die thatsächlichen Bedingungen des Interdicts (z. B. das Ueberhängen des Baums beim *interd. de arbor. caedendis*) bestritt, oder sonst sich im Recht glaubte, die verbotne Handlung, z. B. eine beliebige Anlage an öffentlichem Ort, dennoch vorzunehmen, oder aber (gegenüber positiven Befehlen) die gebotne Handlung zu unterlassen: so hatte der Implorant in einem zweiten (durch *vadimonium* gesicherten: Gai. 4, 184) Termin das Sponsionsverfahren** zu veranlassen, und die Parteien edirten sich nun (in der Zeit des Formularverfahrens) die den geleisteten Stipulationen entsprechenden Klagformeln. Etwaige Exceptionen wurden in Gestalt negativer Bedingungen eingeschaltet, z. B. beim *interd. Quod vi aut clam: Quod non tu vi aut clam fecisti* (*fr. 7. § 3. D. quod vi 43, 24*).[17] Hierzu aber gesellte sich ein Formelanhang, durch welchen der Prätor den Richter anwies, im Fall des Unterliegens des Imploraten diesen zugleich in das Interesse zu verurtheilen, was derselbe neben der Strafsumme zu leisten hatte, wofern er das Interdict nicht alsbald in *natura* erfüllte, d. h. exhibirte oder restituirte[18] (Gai. 4, 165).

*) s. Excurse zu § 200—212. No. II. a. E. **) s. § 206.

Der Richter *in judicio* erkannte darauf, je nach dem Ausgang der Erörterungen, dem Imploranten oder Imploraten als Sieger die Strafsumme zu und entschied ersternfalls zugleich in dem *judicium secutorium* über das *Quanti ea res erit* („*quod sequitur sponsionis victoriam*“ Gai. 4, 169).

Die Beweisführung, welche *in judicio* erfordert wurde, war eine ordentliche, d. h. eine definitive und nicht mit bloßer vorläufiger Wahrscheinlichkeit abgemachte.[19] Immer war der Erfolg des *Judicium*, wie der einer gewöhnlichen *actio* auf die Litiscontestation, so auf das Interdict zurückbezogen; *in interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt* (*fr. 3. D. de interd. 43, 1*). Das Urtheil ging in Rechtskraft über.[20]

§ **209**] Der Schutz des jeweiligen Besitzstandes war eine Hauptaufgabe des interdicirenden Prätor, da es sich hierbei meist um Bekämpfung der Neigung zur Selbsthülfe handelte. Die im Allgemeinen auf Besitz bezüglichen Interdicte aber unterschied man, je nachdem sie auf Erlangung angestrebten Besitzes (*adipiscendae possessionis*, z. B. *interd. Salvianum* auf verpfändete *invecta et illata* beim Pacht), oder auf Wiedererlangung verlornen Besitzes (*recuperandae poss.*, z. B. *interd. de vi* und *de clandestina possessione*) oder endlich auf Schutz im gestörten (bedrohten) Besitz (*retinendae poss.*) gingen. Die ersten unterscheiden sich dadurch, daß sie nicht ein Recht des Besitzes, sondern ein Recht auf Besitz enthalten und folglich auf Grund eines hinter dem Besitz angenommenen Rechts gewährt werden, von den zwei anderen Gattungen, welche die Thatsache vorhergängigen Besitzerwerbes voraussetzen, (eben nur) auf Grund des Besitzes (den sie schützen sollen) gegeben sind und daher im eng. S. possessorische Interdicte heißen.* Von diesen wurden die *interdd. adipiscendae* und *recuperandae poss.* zu den restitutorischen, die *interdd. retinendae poss.* aber zu den prohibitorischen gezählt.

Unter ihnen zeichneten sich die *interdicta retinendae possessionis*,[21] nämlich *Uti possidetis* (bei Immobilien) und *Utrubi* (bei Mobilien) dadurch aus, daß hier, wo möglicher Weise beide Theile Besitzhandlungen für sich anführten, beide die Rolle des Klägers wie des Beklagten übernahmen (Gai. 4, 160), also Klage und Widerklage in demselben Proceß vereinigt waren, s. g. *judicia duplicia* (Gai. 4, 156; auch *mixta* genannt von Ulpian in *fr. 37. § 1. D. de O. et A. 44, 7*): wodurch das Verfahren in eigenthümlicher Weise verwickelt wurde.[22] Sie gehörten zu den ältesten Interdicten und „ohne Zweifel schon der Zeit der Legisactionen an“: das Immobiliarinterdict weist auf den *ager publicus* zurück, Plautus (*Stich. V, 4, 14; 5, 19*) spielt auf das *interd. utrubi* an, und Cicero (*pr. Tull. 44* und *pr. Caec. 16*) schreibt die Gestalt der Interdicte den Vorfahren zu.[23]

§ **210**] Die Verwicklung des Verfahrens zeigte sich 1) zunächst

---

*) s. oben § 203 sub 3 a).

darin, daß eine doppelte *sponsio* und *repromissio summae* stattfand (Gai. 4, 166), und sodann bei fruchttragenden Grundstücken, wo der Rechtsstreit oft längere Zeit andauerte, 2) darin, daß gleich im Beginn des Processes und bis zu dessen Austrag ein interimistischer Besitzstand hergestellt werden mußte, wovon jedoch der Schlußentscheid der Besitzrechtsfrage selbst unabhängig blieb.* „Im Mittelalter hat dasselbe Bedürfniß auf den juristisch nicht lobenswerthen Ausweg geführt, in einem *Possessorium summarium*, das sich vom *ordinarium* nur durch den unvollständigen Beweis unterscheidet, eine vorläufige Entscheidung der Besitzfrage selbst zu bewirken. Einfacher und correcter kam der Prätor zu demselben Ziel, indem er den Besitz unter den Parteien versteigerte und dem Meistbietenden einstweilen die Detention und die Fruchtperception einräumte". Diese Proceßepisode hieß *fructus licitatio*, weil es sich dabei namentlich um den Bezug der etwa in diese Zeit fallenden Ernte handelte; doch galt die für den Unterliegungsfall versprochene Licitirsumme nicht als Fruchtersatz, sondern als eventuelle Strafe für den beim Licitiren gezeigten ungebührlichen Starrsinn, und neben dem Anspruch des siegreichen Gegners hierauf machte derselbe sein Recht auf den Grundstücks- und Fruchtbesitz geltend.

Die Klage aus jener *stipulatio fructuaria* (bez. statt derselben ein eigenthümliches *judicium fructuarium* mit *satisdatio judicatum solvi*: Gai. 4, 167—9) auf die Licitirsumme (das *duplum* derselben?[24]), sowie das auf Besitzherausgabe und eventuelle Interesseleistung gehende *judicium secutorium* (s. *Cascellianum*) wurde zugleich mit dem Anspruch auf die Wettsumme vom Magistrat gemeinsam vor den Richter (*judex recuperatoresve*) verwiesen.

§ 211] Der Richter entschied „*an aliquid adversus Praetoris Edictum factum sit*", d. h. wer wirklicher Besitzer war, bez. ob der Besitzer nicht etwa seinen Besitz auf fehlerhafte Weise vom Gegner erworben habe, indem letztern Falls dieser der Sieger ward.[25] Wer siegte, ward von seiner *sponsio* und *repromissio* freigesprochen, und behielt, wenn er im Interimsbesitz war, einfach das Grundstück sammt geernteten Früchten; der Unterliegende mußte seinerseits die Sponsion und Repromission erfüllen, und wenn er es war, der den Interimsbesitz ersteigert hatte, auch noch die Licitirsumme erlegen, sowie das Grundstück sammt Früchten herausgeben.

Die Möglichkeit dieser vierfachen Verurtheilung bestätigt die berechtigte Warnung der Agrimensoren: *De loco, si possessio petenti firma* (Implorant seiner Sache ganz sicher) *est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto* (die drei Nebenklagen) *diligenter peragantur; magna enim alea est, litem ad interdictum perducere, cujus est executio perplexissima; si vero possessio minus firma est, mutata*

---

*) Vergl. Excurse zu § 132—150. No. IV. sub 1).

formula jure Quiritium peti debeat proprietas loci" (*Aggen. Urbic. ed. Lachmann 74, 29. — Frontin. 44, 4*).

§ 212] Das oben* geschilderte Verfahren mit *poena* mochte bei exhibitorischen und restitutorischen Interdicten etwas streng und zu gefährlich erscheinen. Bei prohibitorischen Interdicten blieb das *agere cum poena* das einzige Verfahren, indem hier Milde gegen den Imploraten zu üben kein Anlaß war, weil hier dieser, wenn er die fragliche Ungebühr beging, immer gegen einen vorausgängigen Befehl des Prätor verstieß und so direct ungehorsam war; anders bei den eigentlichen Decreten, welche sich auf vergangene Handlungen des Imploraten bezogen: hier ward es daher — schon vor Cicero — üblich, einen milderen Ausweg einzuschlagen, indem Implorat, um das *periculum sponsionis* zu vermeiden, eine *formula arbitraria* erbat. Dieses *arbitrum petere* oder *agere* (*experiri*) *sine poena* mußte jedoch rechtzeitig, d. h. sofort im Interdictstermine selbst geschehen, um jenen Erfolg zu haben („*si non tacitus de jure exierit*": Cic. pr. Tull. 53; Gai. 4, 141; 162—5.); wahrscheinlich konnte auch schon der Kläger aus eignem Antriebe dieses Verfahren wählen.[26]

In dem *arbitrum petere* lag kein Schuldgeständniß, das Interdict blieb ein bedingter Befehl. Die Ernennung des *arbiter* geschah nicht bloß *aestimandae*, sondern *judicandae rei causa*, und der Implorat ward freigesprochen, wenn er endlich noch in Gemäßheit des *arbitrium* vor der Endsentenz exhibirte oder restituirte (Gai. 3, 163; *fr. 15. § 7. 11; fr. 24. pr. D. quod vi 43, 24*); nur der beharrliche Ungehorsam (*contumacia*) ward durch Verurtheilung zum eidlich erhärteten höheren Interesse (*juramentum in litem*) gestraft (*fr. 15. § 9. cit.*).[27]

Literatur: 1) v. Keller Röm. Civilproc. § 26. K. A. Schmidt Interdictenverfahren d. Römer (1853) S. 316. Mommsen Röm. Gesch. I. S. 862. — 2) Stintzing Verhältniß d. *legis actio sacramento* z. d. Verfahren durch *sponsio praejudicialis* (1853) S. 5. — 3) Ders. S. 70—72. v. Bethmann-Hollw. R. Civilproc. II. S. 234 ff. — 4) Stintzing S. 45. — 5) Ders. S. 14. — 6) Ders. S. 69. v. Keller Röm. Civilproc. § 26. — 7) Stintzing S. 36. 65. 73. — 8) Rudorff R. R. Gesch. II. § 28. — 9) Stintzing *l. c.* S. 43—58. v. Bethmann-Hollw. i. d. Zeitschr. f. gesch. R. W. V. S. 388. v. Keller Civilproc. § 27. Rudorff *l. c.* § 28. — 10) v. Bethm.-Hollw. Röm. Civilproc. I. S. 52. — 11) v. Keller *l. c.* § 22. v. Bethm.-Hollw. II. S. 351—6. — 12) Leist Gesch. d. Röm. Rechtssysteme S. 83. v. Keller *l. c.* § 22. II. u. § 77. Rudorff *l. c.* § 56. v. Bethm.-H. II. § 119. — 13) v. Savigny Lehre v. Besitz § 34. v. Bethm.-Hollw. *l. c.* S. 347. 348. — 14) Schmidt *l. c.* S. 8ff. v. Bethmann-Hollweg *l. c.* S. 361. Anm. 90. — 15) Schmidt *l. c.* S. 239—248. — 16) v. Bethm.-Hollw. S. 350. — 17) Rudorff *l. c.* S. 178. — 18) Huschke Studien d. Röm. R. (1830) S. 1—24. Schmidt *l. c.* S. 235 ff. v. Bethm.-Hollw. II. S. 367—375. — 19) Schmidt *l. c.* S. 271 ff. — 20) Huschke *l. c.* S. 385—397. — 21) v. Bethm.-Hollw. II. S. 372. — 22) v. Savigny Besitz § 36—39. Bruns R. d. Besitzes § 6. Schmidt *l. c.* S. 49 ff. 180 ff. 284 ff. Huschke Gaius S. 187 ff. Rudorff R. Gesch. II. § 53. Witte jun. d. *Interdictum uti possidetis* (1863). v. Bethm.-Hollw. II. S. 365. — [Gaius (4, 166—170) ist hier sehr lückenhaft.] — 23) v. Bethm.-Hollw. II. S. 345. Anm. 4 u. S. 372. Huschke Gaius S. 190. — 24) Rudorff II. S. 182. — 25) v. Bethm.-Hollw. II. S. 378. — 26) Schmidt *l. c.* S. 262—270. Huschke Gaius S. 201. — 27) v. Bethm.-Hollw. S. 365—367. —

*) s. § 206.

XXV. Kapitel.

2) Der Formularproceß.

A. Ursprung, Karakter und Begrenzung desselben (*cognitio Praetoris*).

§ **213**] I. **Ordo judiciorum.** Es konnte nicht wohl anders seyn, als daß Magistrate, welche ausschließlich die Aufgabe der Jurisdiction hatten, nach Entfaltung der Gewalt der Jurisdiction strebten; dieses Streben aber empfahl sich dem Volke, je bereitwilliger dabei die Magistrate den neuen Verkehrsbedürfnissen Rechnung trugen.

Das Rechtsbewußtseyn entwickelte sich zu einem besonderen Standesbewußtseyn, und in diesem fanden die Proceßmagistrate einen Rückhalt, welcher ihrem Einfluß bei der Proceßleitung zu Gute kam.* Mit dieser Einflußsteigerung wurden sie wichtige Organe der Rechtsfortbildung, und je dringender die Impulse zu neuen Rechtsgebilden Anerkennung und Schutz verlangten, um so mehr stellte sich die Autorität der Proceßmagistrate und ihre Kraft, das Reich des Rechts zu mehren, fest. Als Mehrer dieses Reichs griffen sie mit immer sichrerer Hand in das Triebwerk des Röm. Civilprocesses ein**: sie assistirten nicht mehr bloß bei dem Verfahren, sondern instruirten es***, und indem sie entsprechend der Herrschaft der Geldwirthschaft das System der *pecuniaria condemnatio* entwickelten†, verschafften sie sich einen neuen Einfluß auf die in ihrer Hand bieg- und schmiegsame Gestalt des Civilprocesses.[1]

§ **214**] Wesentlich ward dieser Einfluß gefördert durch den Reflex der Proceßrolle der Peregrinen-Prätoren, denen von Anbeginn eine hervorragende Machtvollkommenheit eingeräumt war und seyn mußte, weil es unter Peregrinen an stricten Gesetzen des materiellen Rechts gebrach. Je mehr die Zahl der Peregrinenprocesse anwuchs, je größer die Menge in Rom wohnhafter Peregrinen ward, und je häufiger das Peregrinen-Verfahren den Röm. Geschäftsleuten vor Augen trat, um so mehr überzeugte man sich von den practischen Vortheilen dieses besonderen Einflusses des proceßleitenden Magistrats und gewöhnte sich daran, die eigene Thätigkeit der Parteien von der maßgebenden Hand des Magistrats in Schatten gehalten und die Conventionalmaxime des nationalen Civilprocesses†† mit modernen an die Officialmaxime anklingenden Elementen versetzt zu sehen. Gleichwie durch die Provinzialverwaltung im Staatswesen überhaupt die hohe Magistratur ein neues Relief erhielt, so die Prätur im Proceßwesen durch die Stellung

---

*) s. Cursus § 184. und 224.
**) Ueber den Criminalproceß dieser Periode s. die Excurse zu § 200—212. No. I.
***) s. Cursus § 132.
†) s. Excurse zu diesem Kapitel No. IV.
††) s. oben Cursus § 96. 132. und Excurse zu § 132—150. No. II.

des Proconsuls und Proprätors in den Provinzen und des *Praetor peregrinus* in Rom selbst.

Nur unter Voraussetzung dieser bedeutend erweiterten Machtvollkommenheit des Prätor im Civilproceß konnte jene Schöpfung des *jus honorarium* gelingen, von welcher oben* die Rede war; die Triebkraft dazu entfaltete sich am Tribunal des Prätor, im frischen Luftstrome der Oeffentlichkeit und im Anprall widereinander stehender Parteiinteressen, unter deren Reibung die neuen Rechtssätze ihre stählerne Härte empfingen. Mit dem neuen System materieller Rechtssätze gestaltete sich aber auch ein neues Gerichtsverfahren; indem der alte Legisactionen-Proceß immer mehr als zu eng, starr und unzulänglich erschien, breitete sich das neue Verfahren in der Praxis der Römer aus, bis es durch eine *lex Aebutia* (ungewissen Jahrs; nach dem 1. oder 2. pun. Kriege?) ausdrücklich und als Regel anerkannt, und der Legisactionen-Proceß, welchem die moderne Sitte abhold geworden, auf ein verhältnißmäßig schmales Gebiet, schließlich auf die vor den Centumviralhof gelangenden Sachen eingeschränkt wurde (Gell. N. A. 16, 10; Gai. 4, 30. 31).**

§ **215**] Der materielle Unterschied des neuen vom alten Verfahren bestand in des ersteren größerer Elasticität, vermöge deren nun alle möglichen Arten von Verkehrsverhältnissen der processualen Geltendmachung und dadurch der rechtlichen Anerkennung fähig wurden, während ehedem ein Proceß nur in den den Gesetzesworten völlig adäquaten, bez. durch die Pontificalinterpretation ausdrücklich angereihten Fällen zulässig war; der formelle Unterschied aber, durch welchen jener materielle mehr oder weniger bedingt war, bestand darin, daß das Verfahren vor dem Magistrat nicht mehr ein bloßes Verhandeln der Parteien unter einander (*agere*), sondern mehr ein Anreden und Antragstellen an den Magistrat war (*postulare*, z. B. *formulam, judicem*), und daß demgemäß statt der *legitima verba*, welche in der *legis actio* das Entscheidende gewesen,† jetzt das Verfahren *per concepta verba* dirigirt wurde. Jenes war eine mündliche Solennität gewesen, welche von den Parteien selbst ausging, dieses war ein schriftlicher Act, welcher in der Hand des Proceßmagistrats lag: die von demselben ausgefertigte und dem Kläger behändigte Urkunde hieß *Formula*, und wir nennen daher das ganze Verfahren den Formularproceß.[2]

Im Formularproceß hatte der Prätor nun nicht mehr bloß das Gericht zu bestellen, sondern für dasselbe zugleich eine Art Proceßinstruction zu ertheilen, d. h. eine Anweisung über die Urtheilsfällung in Gemäßheit der rechtlichen Natur des Streitfalles, welche daher in der Formel ihren karakteristischen Ausdruck fand. Diese Formel ward nunmehr geradezu die Achse des Processes, und dadurch erklärt es sich, daß *Formula* als gleichbedeutend mit *actio* galt,[3] die Formeln,

*) in § 181—3; 197—9. **) s. Excurse zu diesem Kapitel No. I †) s. oben § 132.

welche sich im prätorischen Edict nach den verschiedenen Arten der Rechte typisch fixirten, zu einem Hauptstück der ganzen Edictsmasse wurden, und die Formeln im Edict fortan die formelle Grundlage für den Aufbau zunächst des *jus honorarium*, dann aber wichtige Anknüpfungspunkte für das ganze System des neueren Civilrechts bildeten. Mehr als das alte Recht der XII Tafeln trug daher dieses neuere Recht eine processuale Signatur: das materielle Recht erschien wie ein System von Klagansprüchen, und erst die Jurisprudenz zumeist hat dann unter der processualen Schale den civilistischen Kern hervorgeholt.

Dieses Verfahren in Civilsachen mit schriftlicher Formula und abgesondertem Judicium ist als der ordentliche Proceß (seit der *lex Aebutia*) anzusehen: man bezeichnet ihn als *Ordo judiciorum* oder *Ordo judiciorum privatorum*, um damit zugleich den Gegensatz zu dem Strafverfahren (*Ordo judic. publicorum: pr. J. de publ. judic. 4, 18*) auszudrücken, welcher gerade in der gegenwärtigen Periode durch die *leges judic. publicorum* vollständig durchgebildet wurde.[4]

§ **216**] II. **Numerus cognitionum.** Wie wir sahen, hatte der Röm. Civilproceß mit dem Uebergange zur Formula eine Wendung zur Officialmaxime genommen, d. h. der neue Proceß trug nun mehr amtliches, publicistisches Gepräge, und während vorher die Function des Prätor bei der *jurisdictio contentiosa* ganz gleichartig der bei der *jurisd. voluntaria* gewesen war, entfernte sich die Proceßaufgabe des Prätor nun immer mehr von der beschränkten Rolle, die er im Gebiete der *jurisd. vol.* hatte. Dieser bedeutendere Einfluß der obrigkeitlichen Gewalt aber, zu dessen Steigerung vielleicht der von Liv. 22, 38 (jct. 10, 38) berichtete Uebergang vom *ritus sacramenti vetustus* zur *sacramenti adactio* durch den Militärtribunen (216 v. Chr.) ein Seitenstück bildet,[5] machte sich nicht bloß im ordentlichen Proceß geltend, sondern entfaltete sich sogar zu besonderen Geschäftszweigen, wobei das Verfahren völlig in der Hand des Prätor lag. Das Gebiet dieser Geschäftszweige könnte im Gegensatz des Gebiets der Formula (*res ordinarii judicii: Suet. Claud. 15*) als *res cognitionis* bezeichnet werden, denn das Verfahren dabei hieß *cognitio pro tribunali* oder *causae cognitio* (*Val. Prob. § 12, 5; fr. 2. § 1. D. quis ordo 38, 15; fr. 2. D. de re jud. 42, 1*).

Diese *Cognitio Praetoris*[6] unterschied sich 1) von der einfachen *postulatio*, wobei der Magistrat auf einseitigen Antrag des Impetranten (*de plano* oder *per libellum*) erörterte und verfügte, z. B. von der *justae causae approbatio* behufs Manumission (Gai. 1, 18. 38) oder der *causae probatio* behufs Erlangung des vollen Bürgerrechts (Gai. 1, 29. 31) — durch den Streitkarakter und mithin durch Parteiverhandlung, 2) von dem eigentlichen Proceß (mit Formula) aber dadurch, daß der Magistrat den Fall ohne Gerichtsbestellung, also selbst (*in jure*) erledigte.

§ **217**] Die unter diese *cognitio* fallenden Sachen waren theils selbständiger Art, theils zur Vorbereitung einer anderen Sache bestimmt. Die meisten dieser „präventiven und executiven Machtgebote“ beruh-

ten auf dem Imperium, weil sie nach freiem Ermessen angeordnet, zwangsweise durchgesetzt und beliebig zurückgenommen werden konnten, nämlich die Verfügungen, wodurch einer Partei Cautionsleistung (*stipulatio praetoria*) auferlegt, einem Impetranten *missio in possessionem* oder *in integrum restitutio* gewährt wurde; man rechnete diese Amtsgewalt zum *Imperium mixtum* (*sc. jurisdictione*)* und sagte von solchen Sachen: *magis imperii sunt quam jurisdictionis* (*fr. 4. D. de jurisd. 2, 1; fr. 26. pr. D. ad munic. 50, 1*). Dieselben bildeten ein Nachbargebiet der Interdicte.[7] — Außerdem hatte der Prätor sich im Edict bei der Verheißung gewisser *actiones* und *exceptiones*, die im ordentlichen Verfahren zu verhandeln waren, eine vorgängige *causae cognitio* ausdrücklich vorbehalten (Gai. 4, 118): solche Cognitionsfälle gehörten zur *Jurisdictio* im engeren Sinn;** Beispiele dieser Art sind die *actio de dolo* (*fr. 1. § 1. fr. 10. 11. D. de dolo 4, 3*), die Weigerung der Mutter des Kindes gegenüber dem *interdictum de liberis exhibendis* (*fr. 1. § 3. D. de lib. exh. 43, 30*).

Hier erledigte der Prätor kraft seiner Machtvollkommenheit selbst die Frage, weil dieselbe entweder durchaus unmittelbares Eingreifen einer übergeordneten Amtsgewalt verlangte und daher überhaupt sich nicht wohl für ein eigentliches Judicium eignete, z. B. Besitzeinweisung in Grundstücke, oder aber eben nur zur Vorbereitung und Förderung eines Judicium bestimmt war. Hierdurch unterscheidet sich das Gebiet dieser Cognitionalsachen von dem *jus extraordinarium*, d. h. dem Kreise solcher Civilsachen, welche an sich zur Verhandlung im *ordo judiciorum privatorum* wohl geeignet waren, aber diesem entzogen und somit *extra ordinem* erledigt wurden. Jene *causae cognitio* stimmte mit diesem Verfahren *extra ordinem* in der summarischen Erledigung durch den Magistrat, also formell überein — daher Callistratus (*fr. 5. pr. D. de extrao. cognit. 50, 13*) unter dem „*numerus cognitionum*" Beides zusammenfaßt —, aber materiell unterschieden sie sich darin, daß die *causae cognitio* den *ordo judic. priv.* ergänzte und bez. seinen Zwecken diente, die *extraord. cognitio* aber sein Anwendungsgebiet beschränkte. Diese letztere ist erst eine Erscheinung der Kaiserzeit.

§ **218**] Von den oben genannten 3 Hauptfällen der *Cognitio Praetoris* dienten 1) die *stipulationes praetoriae*[8] zur Sicherung des Interesses einer Proceßpartei (*stipulationes cautionales*: *fr. 1. § 4. D. de stip. praet. 46, 5*); in einigen Fällen halfen sie ein selbständiges Klagrecht begründen,† in den meisten aber dienten sie zur Sicherung eines eingeleiteten Processes, sei es *in jure* (*vadimonia*) oder *in judicio* (*stipp. judiciales*). Die Formeln für diese Stipulationen waren im Edict proponirt; sie gingen regelmäßig auf Stellung von Bürgen (*satisdationes*: *fr. 1. § 5. D. eod.*); der Widerspenstige wurde durch Ertheilung der *missio in possessionem* an den Gegner oder durch andere Executionsmittel genöthigt.

---

*) s. unten § 220. **) s. ebendaselbst. †) s. oben § 204.

2) *Missio in possessionem*[9] ist Ermächtigung zur provisorischen Besitznahme (d. h. *custodia* und durch prätorisches Pfandrecht gesicherten Mitbesitz*) fremden Vermögens, ertheilt a) auf Grund einfachen Antrags und Entscheids: so *rei servandae causa*, wenn der Beklagte sich nicht stellte, oder ein Pupill ohne Vertretung oder der Verurtheilte ungehorsam war — dieselbe konnte zu einem Executionsmittel und Verkaufsrecht gesteigert werden —; ferner *legatorum servandorum causa* (*Dig. 36, 3. 4.*) und *damni infecti nomine*, welche letztere auf das drohende Gebäude beschränkt war und *ex justa causa* bis zur Eigenthumsübertragung gesteigert werden konnte; diese Einweisungen bezweckten zunächst nur Sicherung des Eingewiesenen durch Brechung des gegnerischen Willens; — oder b) auf Grund besonderer *causae cognitio* (*fr. 2. § 1. 2. D. quis ordo 38, 15*): dies sind die Fälle der *bonorum possessio decretalis*, welche einem eventuellen Erben, bez. in dessen Namen einem Vertreter, den einstweiligen Genuß einer Erbschaft bis zur Erledigung der Frage des Erbantritts gewährte, nämlich *ventris nomine* (*Dig. 37, 9*), *ex edicto Carboniano* (*Dig. 37, 10*) und die *possessio furioso competens* (*Dig. 37, 3*).

3) Die *in integrum restitutio*[10] war ein *auxilium extraordinarium* (*fr. 6. pr. D. de minor. 4, 4*), wodurch der Prätor das materielle Civilrecht (*jus strictum*) in seinen Consequenzen brach, wenn diese im einzelnen Falle zu unbilliger Vermögensverletzung eines Interessenten führten. Die Gewährung dieses Rechtsmittels setzte eine *justa causa* voraus, deren Erwägung nach freiem Ermessen in der vorbehaltenen *cognitio praetoria* vorausging (*fr. 11. § 3; fr. 24. § 5. D. eod.; fr. 3. D. de i. i. rest. 4, 1*). Zur Geltendmachung des wiedergewonnenen Rechts konnte hier noch die Gewährung einer (dinglichen oder obligatorischen) Klage erforderlich werden, welchenfalls die Sache dann in das regelmäßige Verfahren mit Judicium überging.**

B. Gerichtsverfassung.

§ **219**] I. **Proceßbehörden.** Die Theilung der Proceßfunctionen in die amtliche des Magistrats (*Jus*) und die erkennende des Spruchrichters (*Judicium*) blieb auch für die neue Proceßart.

1. **Proceßmagistrate**[11] waren in Rom die Prätoren, denen kraft des Imperium nicht bloß das Recht der Geldbuße (*multae dictio* und *pignoris capio*), sondern auch der körperlichen Züchtigung und Gefängnißstrafe zustand (*Cic. de leg. 3, 3; Ulp. fr. 2. D. de in jus voc. 2, 4*) und die curulischen Aedilen für den Marktverkehr (Gai. 1, 6); in den italischen Städten die oberen Localbeamten (*Duumviri, Aediles, Praefecti*), in den Provinzen die Statthalter (Proconsuln und Proprätoren), bez. deren Unterbeamte: die Quästoren und Legaten (*Cic. ad Att. 5, 21; ad div. 2, 15*).

---

*) s. unten § 265.

**) s. unten Theil II. Buch I. a. E.

Der die Civilrechtspflege umfassende Amtskreis des Magistrats hieß *officium jus dicentis* (*fr. 1. D. de jurisd. 2, 1*), auch wohl *jurisdictio* (im weitesten Sinn: z. B. *fr. 1. § 10. D. de stip. praet. 46, 5* und *fr. 13. D. de leg. 1, 3*) oder schlechthin *judicium* (*fr. 2. § 8. D. de judic. 5, 1*), und ward sprüchwörtlich durch die „*tria verba*“: *Do* (*sc. actionem*), *Dico* (*sc. jus*), *Addico* (*sc. judicatum*) ausgedrückt (*Ovid. Fast. 1, 47*). Zur *jurisdictio* in diesem Sinn gehörte vornehmlich die gesammte Thätigkeit, welche die Gewähr der bürgerlichen Rechtsordnung betraf und als ein wesentlicher Bestandtheil des magistratischen Imperium galt, d. h. die *jurisdictio* im besonderen Sinn, außerdem aber manche andere auf ausdrücklicher Verleihung beruhende Gewalt, namentlich das Recht der Vormundsernennung (*tutoris datio*), welches schon durch die *lex Atilia* dem *Praetor urbanus*, und dann durch die *lex Julia et Titia* auch den Provinzialstatthaltern ertheilt und später als *jurisdictio pupillaris* bezeichnet wurde (*Gai. 1, 185. 195; fr. 6. § 2. D. de tutel. 26, 1*).

§ 250] Die *jurisdictio* im besonderen Sinn gliederte sich wieder in 1) *jurisdictio* im engsten Sinn und zwar a) *jurisdictio voluntaria*, d. h. Autorisirung rechtsgeschäftlicher Privathandlungen, z. B. des Manumissionsactes (*fr. 2. pr. D. de off. Procons. 1, 16*), später auch speciell als *legis actio* bezeichnet (*est apud magistratum legis actio*: *fr. 4. D. de adopt. 1, 7*).

b) *jurisdictio contentiosa*, d. h. Erledigung von Rechtsstreiten unter Parteien (Civilsachen): dieselbe war nach alter Ordnung* für den Magistrat nicht Sache persönlicher Durchführung (*judicare*), sondern eine *judicis dandi licentia* (*judicis addictio* oder *judicare jubere*), d. h. Ueberweisung an Spruchrichter, damit diese *ex auctoritate magistratus* judicirten (*fr. 3. D. de jurisd. 2, 1; fr. 58. D. de judic. 5, 1; Paul. sent. rec. V. 5a. § 1*).

2) Diejenige Amtsthätigkeit, welche als Ausfluß der freien originalen Machtvollkommenheit und unbedingten Zwangsgewalt überall da eintrat, wo im Interesse der Rechtsordnung ein Zwang erforderlich ward und demselben nicht bestimmte verfassungsmäßige Schranken entgegenstanden: *Imperium mixtum, cui etiam jurisdictio inest* (*fr. 3. D. de jurisd. 2, 1*), so genannt, weil diese Amtsthätigkeit gleichfalls dem Interesse der Civilrechtspflege diente und insofern sich von dem auf die eigentliche Criminalrechtspflege bezüglichen Berufe der Oberbeamten (*Imperium merum cum gladii potestate: fr. 3. cit.*) unterschied. Unter das *Imp. mixtum* fielen die Interdicte und die in § 217 genannten drei wichtigeren Cognitionalsachen.

Der Magistrat konnte die *jurisdictio* durch einen anderen Bürger ausüben lassen (*mandata jurisdictio*: *fr. 5. § 1. D. de off. ejus, cui mand. jurisd. est 1, 21*); ein solches gerichtsamtliches Mandat, das am liebsten einem anderen Beamten, entweder einem Collegen oder aber

*) s. oben § 95. 96. 133.

Unterbeamten (namentlich Quästoren und Legaten in den Provinzen) ertheilt wurde, konnte eine einzelne Sache betreffen oder auch auf das ganze Ressort (*omnis jurisdictio*) erstreckt seyn und hieß letzternfalls *mandata generalis jurisdictio*, blieb aber immer vom Recht des Verleihers und von dessen Vergünstigung abhängig (*fr. 1. § 1; fr. 3. 4. D. eod.; fr. 6. 16. 17. D. de jurisd. 2, 1*).

§ **221**] **2. Spruchrichter** (Geschworene). *Cic. de orat. 1, 38* stellt die *causae centumvirales* den *judicia privata* gegenüber (s. auch Gell. 16, 2): unter letzteren sind offenbar die Fälle zu verstehen, in welchen durch den instruirenden Magistrat Einzelrichter bestellt wurden; dies geschah nach der Ordnung des neuen Formularprocesses, also in allen Sachen, welche *per formulam* instruirt wurden: durch die Formula ward die Sache vor das Judicium eines Privatrichters gewiesen, welcher zu diesem Behufe, d. h. für den einzelnen Fall vom Magistrat, auf den Vorschlag der Parteien hin (*Cic. pr. Cluent. 43*), aus dem Senatoren- oder Ritterstande ernannt wurde;[12] immer nur Einer und daher seine Bezeichnung „*unus judex*" im Gegensatz der Centumvirn und Recuperatoren. Speciell hieß er *Judex* in strengen, *Arbiter* in freien Klagen.

§ **222**] Neben dem Formularverfahren bestand die *legis actio sacramento* facultativ fort; wenn die Parteien diese Proceßart wählten, gelangte die Sache vor den Centumviralhof (*judicium centumvirale, in quo hasta praeponitur:* Gai. 4, 16), dessen Competenz noch zu Cicero's Zeit (*pr. Caec. 18. 24; pr. leg. agr. 2, 17; de orat. 1, 38—40. 56. 57: „in quibus usucapionum ... ceterarum rerum inmunerabilium jura versentur"*) eine ziemlich bedeutende war und das Gebiet des Legisactionenprocesses, insoweit sich derselbe in Uebung erhielt, umfaßte (Gai. 4, 31. 95; Gell. 16, 10). Am längsten blieb derselbe, wie es scheint, für Grundeigenthums- und Erbschaftssachen (Rechtskraft der Testamente u. s. w.), diese galten daher auch vorzugsweise als Centumviralsachen.

Gewählt wurden die Centumvirn (je 3) aus den (35) Tribus (folglich = 105 Mitglieder); ihr alter Name blieb ihnen (*Fest. v. Centumviralia* und *Varro de re rust. 2, 1*). Wahrscheinlich saßen sie nur in Plenarversammlung zu Gericht[13] und zwar unter dem Vorsitz entweder eines Prätor (*Plin. ep. 5, 21*) oder der *Decemviri litibus judicandis*, von deren Einsetzung Pomponius (*fr. 2. § 29. D. de O. J. 1, 2*) berichtet. Bei ihm erscheinen diese Zehnmänner immer nur als Vorsitzende der „*hasta*" (*judicium hastae*); wahrscheinlich wurden sie eingesetzt, um den durch ihre Geschäftslast überbürdeten Prätoren, welchen die Instruction der *legis actio* und dazu der Vorsitz des Gerichtshofs zu zeitraubend wurde, zur Aushülfe und Unterstützung zu dienen. Doch ist daraus, daß von *Cic. pr. Caec. 33.* und *pr. dom. 29.* beim *sacramentum* wegen *libertas* und *civitas Decemviri* erwähnt werden, geschlossen worden, es hätten außerdem die Statusprocesse die Specialcompetenz der *Decemviri lit. jud.* gebildet, indem sie hier die Rolle von Spruchrich-

tern gehabt hätten, und diese Ansicht, obwohl erheblichen Bedenken ausgesetzt, ist gegenwärtig die herrschende.*

§ **223**] Neben den eigentlichen *Judices* und *Arbitri* kamen jetzt auch *Recuperatores* für Streitsachen unter Römern vor, wohl in Nachahmung der „Gastgerichte" und in solchen Fällen, wo ein besonders freies und auf moderne Rechtsgebräuche angewiesenes Richterermessen, sowie eine angemessene Beschleunigung des Verfahrens („*ut quam primum de re judicetur*": Cic. pr. Tull. 10; Gell. 16, 4; Gai. 4, 185) nothwendig schien. Von den sonst üblichen beschränkten Gerichtsformen und Fristen ward dabei abgesehen, und ein Termin zu summarischer Erledigung verabredet („*status condictus cum hoste dies*"), dafür aber die Garantie erschöpfender Erörterung in der Mehrheit von Richtern (mindestens 3, gewöhnlich 5) gesucht. Es scheint nicht, daß diese Recuperatoren aus dem Centumviralkreise entnommen wurden; sie werden erwähnt besonders in Fällen eines Staatsinteresses: bei öffentlichen Friedensbrüchen (Interdict), Grenzverletzungen, Injurien, *vadimonium* u. s. w.[14] Die Entwicklung und der Umkreis ihrer civilrechtlichen Competenz ist unsicher.

§ **224**] II. **Ausstattung des Processes.** Die Gerichtsverhandlungen des *Jus* und *Judicium* waren auch in dieser Periode noch, sowohl rechtlich als thatsächlich, unbeschränkt öffentlich; mit der Formula aber zeigte sich die Neigung zur Schriftlichkeit. In der Klasse der subalternen Gerichtsgehülfen (*apparitores*), deren Aemterwesen verwickelter zu werden anfing, wurde daher der *ordo scribarum* immer wichtiger; Aufgabe derselben war die Abfassung der *tabulae* und *rationes publicae* (*Cic. in Verr. 3, 79; Fest. v. Scribas*), Niederschrift der Concepte (*pericula s. brevicula*) und wichtiger Notizen für die Erinnerung in die Gerichtsbücher (*tabulae, codices*), sowie sonstige Unterstützung der Magistrate durch ihre Erfahrung in der Geschäfts- und Gerichtstechnik (*Cic. de leg. 3, 20*).[15]

Die Ordnung der *dies fasti* und *nefasti,* wodurch die Thätigkeit der Magistrate gebunden war, verlor dem freien Formularverfahren gegenüber ihre ehemalige Strenge, ward aber, wie es scheint, nichtsdestoweniger fortwährend behauptet und von Cäsar in seinen neuen Kalender aufgenommen.[16]

Sowohl in Rom, als auch in den Provinzen war es Sitte, daß die Proceßmagistrate sich des juristischen Rathes rechtskundiger Freunde bedienten, welche in der Sitzung gegenwärtig waren (*Consilium: Cic. de orat. 1, 37; in Verr. 2, 29*). Des gleichen Beistandes bedienten sich im Judicium die Einzelrichter (*Cic. pr. Quinct. 2. 10. 30; Val. Max. VIII, 2, 2*).[17]

Ebenso war es eine geschätzte Gewohnheit, daß die Parteien selbst zu ihren Gerichtsverhandlungen Freunde und Gönner mitbrachten (*Pseudo-Ascon. ad Cic. ad div. 4. § 11; Cic. pr. Cluent. 40; de orat. 1,*

---

*) s. die Excurse zu § 93—96 a. E. und Cursus § 96 und 135.

44. 45), welche theils durch ihren Rath oder ihr bloßes Ansehn (*advocati*), theils auch durch oratorisches Eingreifen in die Verhandlungen (*oratores, patroni*) Unterstützung gewährten.[18] Solche Rechtsbeistandsleistung galt als Ehrensache umworbener Senatoren, doch kam auch Mißbrauch vor: schon die *lex Cincia* (204 v. Chr. 550 d. St.) fand es nöthig, zu bestimmen „*ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*" (*Liv. 34, 4; Tac. Ann. 11, 5*).

§ **225**] III. In den Provinzen versahen die Statthalter ihr Proceßamt durch Rundreisen in den Bezirkshauptstädten (*Conventus*), wo sie Gericht hielten (*forum agere*), d. h. die Sachen an *Judices* und *Recuperatores* zum Verspruch verwiesen. Die Richter wurden hier aus den Listen der am Ort angesessenen Röm. Bürger (*selecti judices ex conventu civium Romanorum: Cic. in Verr. 2, 13*), auch wohl aus den Peregrinen entnommen (*ib. 2, 13; ad Att. 6, 1*).

Bürger in den Provinzen hatten ein zwiefaches *forum originis:* neben ihrem (natürlichen) Heimatsorte die Centralheimat Rom (vor dem Tribunal des *Praetor urb.*). In ihrem Heimatsort standen sie unter den Ortsmagistraten ebenso, wie die Peregrinen daselbst.[20]

§ **226**] IV. Im Zusammenhange mit dem neuen Ordinarverfahren stand die Unterscheidung der Formularprocesse in *judicia legitima* und *imperio continentia*.* *Judicium legitimum* hieß derjenige Proceß, welcher gleich der alten *legis actio* an die strengen Bedingungen des Civilrechts gebunden war und die volle Wirkung des Civilrechts hatte.[21] Ursprünglich waren alle ordentlichen Processe *judicia legitima* gewesen; dann entstand und erweiterte sich auf Kosten ihres Gebiets dasjenige der *imperio continentia.*

Bedingung eines *jud. legitimum* war, daß es ganz nach Vorschrift des alten Civilrechts angeordnet war, also innerhalb der Bannmeile Rom's (*intra primum urbis miliarium*), unter lauter Röm. Bürgern und vor einem Röm. Einzelrichter („*unus judex*" im Gegensatz nicht der Centumvirn, sondern der Recuperatoren: Gai. 4, 104): hier war die Wirkung, daß die *res in litem deducta*, wenn es eine persönliche *actio in jus concepta* war, *ipso jure* verzehrt, und durch richterliche Adjudication, wenn es zu einer solchen kam, civiles Sachenrecht begründet wurde.

Die *judicia imperio continentia* zerfielen in 2 Gruppen: 1) die Bannmeile war die Grenze zwischen dem verfassungsmäßigen (*justum*) und militärischen (unbeschränkten) *Imperium* (Gell. 15, 27), daher beruhten alle Processe, welche außerhalb jener Grenze in Italien oder den Provinzen vom Prätor instruirt wurden, nicht im Civilrecht, sondern schlechthin im *Imperium* des Instruenten. 2) Dasselbe galt auch von allen Processen innerhalb der Bannmeile, worin Recuperatoren für das Judicium angeordnet, oder der bestellte Einzelrichter, oder aber eine oder gar beide Parteien Peregrinen waren. Die Wirkung war hier die

*) Eine Form, welche unbillig gemieden wird; das Intransitiv ist völlig correct, quellengemäß und dem bekannten „*provinciae continentes*" analog; vergl. auch *Cic. pr. Caec.* 6: „*fundus, qui fundo ejus antiquo continens esset*".

formell unvollkommene und bloß mittelbare der *exceptio* (*rei in litem deductae* und *judicatae*) und des *in bonis habere* (*Gai. 4, 104—106; fr. Vatic. § 47 a*), daher *Cato de re rust.* 149 den Rath gab, Processe über Grundstücke in Rom anhängig zu machen. Die Geltung der ertheilten Formel war bei ihnen eigentlich auf die Zeit des *Imperium* des Instruenten beschränkt, und mußten sie daher innerhalb dieser Zeit zu Ende geführt seyn; sie „erloschen, sowie das *Imperium* dessen, der sie gegeben hat, oder in dessen Auftrag sie gegeben worden sind, aufhört, wenn die richterliche Sentenz nicht bis dahin erfolgt ist".[22]

C. Proceßformel.

§ **227**] I. **Construction der Formula.** Das prätorische Tribunal war die Schwelle des Processes; der Prätor öffnete die Thür zur Stätte des staatlichen Rechtsschutzes, indem er das Verfahren amtlich verstattete; die prätorische Formula aber war die Angel, in welcher die Thür des Verfahrens hing und sich bewegte. Sie enthielt in knappestem Ausdruck das geltend zu machende Recht, in Gemäßheit des klägerischen Petitum vom Prätor, welcher sich nur den Entscheid über die abstracte Statthaftigkeit des Anbringens vorbehielt, formulirt; sie bildete aber zugleich auch die Brücke vom *Jus* zum *Judicium*, indem der Prätor den Richter in der Formula selbst benannte.

Die Bestellung des oder der Richter bildete den Kopf der Formula, z. B. **Octavius judex esto! — Licinius, Sempronius, Sejus recuperatores sunto!**

Die Bestandtheile des eigentlichen Formelcontextes (*partes formulae*) waren theils ordentliche, d. h. den Organismus der Formula bestimmende, theils außerordentliche, d. h. Modalitäten anbringende Stücke. Die letzteren trugen den Karakter der Zufälligkeit, aber auch die ersteren waren keineswegs immer und nothwendig in jeder Formel vereinigt; nur wo sie einmal durch die Natur des Rechtsverhältnisses indicirt waren, konnten sie in der Formel nicht fehlen: ihr Mangel würde den Proceß unmöglich gemacht haben.

§ **228**] 1. Ordentliche Formeltheile waren a) die *Intentio*,* *sc. ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit* (Gai. 4, 41), eingeleitet mit **Si paret** (*rem Sempronii esse — Titium dare oportere*), denn indem die Formel eine Proceßinstruction für den bestellten Richter seyn sollte, erschien die Bewahrheitung des in Anspruch genommenen Rechts als Bedingung des folgenden Richterspruchs, und dieser ward immer zunächst vom Standpunkt dessen, welcher die Formel erwirkte, also des Klägers, als verurtheilender Entscheid gedacht.

Die Intention gab, da sie das behauptete Recht bezeichnete, den eigentlichen Gegenstand, dessen Leistung der Gegner beanspruchte, an: derselbe nun war entweder von vorn herein und in Gemäßheit

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. III.

des Petitum dergestalt bestimmt, daß Art und Maß der Leistung keiner weiteren richterlichen Erwägung und keines nachhelfenden Ermessens bedurften, und folglich der Richter auf ein einfaches Entweder — Oder angewiesen war (*certa intentio*), oder aber insoweit unbestimmt, daß die Verurtheilung nicht ohne vorgängige Umgrenzung der in Frage kommenden Leistung und nähere ergänzende Bestimmung erfolgen konnte (*incerta intentio*): hiernach wurden *formulae, quibus certum petimus* und *quibus incertum petimus*, oder *certae* und *incertae** *formulae* (bez. *actiones*) unterschieden. Ursprünglich waren alle eigentlichen *lites*** *certae actiones*, solche entsprachen am meisten der strengen Einfachheit der *legis actiones;* in der III. Periode aber, als dem Prätor größerer Einfluß auf den Proceßgang eingeräumt ward, konnte in demselben Maße dem nach dessen Instruction thätigen Spruchrichter mehr Freiheit gewährt, und die Aufgabe einer rechtfindenden Ergänzung der Intention anvertraut werden. Da hierbei dem Spruchrichter die Modificirung und Quantificirung des Petitum und Judicatum überlassen wurde, mußte die *formula incerta*, statt des *Si paret* ein **Quicquid paret** (*dare facere oportere*) enthalten. Dieses *Quicquid* bedeutete selbstverständlich zugleich die Bedingtheit der in Aussicht genommenen Verurtheilung, denn es konnte seyn, daß der Richter wenig oder gar nichts zu verurtheilen fand.

229] b) Die *Condemnatio*. An die Intentio schloß sich, wo die Sentenz des Spruchrichters nicht ein bloßer Wahrspruch (*judicatio, pronuntiatio*) seyn, sondern dem siegreichen Kläger auch den Erfolg des Processes zuführen sollte, die alternative Ermächtigung für den Spruchrichter, dem Beklagten die Erfüllung des Petitum oder Judicatum aufzuerlegen oder ihn ausdrücklich zu entbinden: **Judex N. Negidium A. Augerio condemna, si non paret, absolve!** Diese der Intentio angefügte Ermächtigung in der Formel war die Condemnatio, *sc. ea pars formulae, qua judici condemnandi absolvendique potestas permittitur* (Gai. 4, 43). In ihr zeigte sich eine gewisse Wendung von der Verhandlungs- zur Instructionsmaxime, da im alten Sacramentsproceß die Sentenz nur einfache Pronuntiatio war,† im Formularproceß aber zugleich ein Gebot und Ansinnen an den *judicatus*, der Sentenz nachzukommen und gehorsam zu seyn.††

Zu dieser Zuspitzung des Urtheils nun schien aber zu gehören, daß der Richter es in eine Gestalt brachte, wodurch es executionsreif wurde, d. h. daß er die Verurtheilung immer sofort auf Geld, als den allgemeinen idealen und den Rechtszwang vereinfachenden Werthmesser stellte: hierauf wieß ihn der Magistrat an (*condemnatio ad pecuniariam aestimationem concepta*: Gai. 4, 48). Diese Condemnationssumme ergab sich bei allen Klagen auf *certa pecunia* von selbst, in allen übrigen

---

*) s. unten § 230. 236. a. A., sowie Excurse zu diesem Kapitel No. VII. sub A. B.
**) s. oben § 146.
†) s. oben § 142 a. E.; dazu Excurse zu § 132—150. No. IV. a. A.
††) s. Excurse zu diesem Kapitel No. IV

Fällen, dinglichen wie persönlichen Klagen, war die *condemnatio* durch eine *litis aestimatio* abzuschließen, und demgemäß hier die Anweisung an den Richter eine *condemnatio incertae pecuniae*: es konnte aber jene Abschätzung dem Richter ohne alle Schranke überlassen (*infinita condemn.*) oder unter ein Maximum gestellt seyn (*praefinita cond. s. cum taxatione:* Gai. 4, 49—52; 3, 224); dieses Maximum ward vom Prätor nach Anhörung des Klägers darüber normirt, so bei Entschädigungs- und Genugthuungsklagen, z. B. *actio injuriarum*.

Wo Klägers Anspruch nicht in eine Geldsumme auslief, sondern auf eine Naturalleistung (Sachspecies oder specifische Zweckhandlung) gerichtet war, mußte die Condemnirermächtigung immer eine unbeschränkte (*sine taxatione*) seyn.*

Die Begriffe der *incerta formula* und der *condemnatio incertae pecuniae* deckten sich keineswegs, denn es gab Klagen mit *certa intentio* (z. B. *rei vindicatio* oder *condictio certae rei*), welche zu einer *condemnatio incertae pecuniae* führten.[23]

§ **230**] c) Die *Demonstratio*. Da, wo durch *formula incerta*** dem Spruchrichter betreffs des Condemnationsbetrags Spielraum (*arbitrium*) gegeben werden sollte, mußte ihm in der Formula durch Angabe des speciellen Rechtsgrundes, auf welchem die Klage beruhte, ein Anhalt für die richterliche Feststellung des Judicats gewährt werden. Diese Angabe enthielt in aller Kürze den Entstehungsgrund des geltend gemachten Rechts, z. B. die Vertragsart oder das Delict, durch welche die Verpflichtung Beklagtens begründet seyn sollte; sie ward *Demonstratio* genannt, *sc. ea pars formulae, quae ideo inseritur, ut demonstretur res* (*i. e. causa*), *de qua agitur* (Gai. 4, 40), ging die Intentio einleitend dieser voraus, z. B. **Quod A. Agerius N. Negidio fundum Cornelianum vendidit** (*actio venditi*) — **Quod A. Agerio a N. Negidio pugno mala percussa est** (*actio injuriarum*), und bildete für das folgende Judicium das specielle Beweisthema. Zwar nicht mit derselben, aber doch mit einer neuen Demonstratio konnte der etwa beweisfällige Kläger seine Sache (*res*) einklagen, wenn ihm ein anderweiter Rechtsgrund zur Seite stand, z. B. mit der *actio incerti ex stipulatu*, wenn der Verkäufer sich den Preis *confirmandi causa* noch besonders hatte zusagen lassen (*Paul. sent. rec. V, 7. § 1*) — und ebenso konnte er die richtige Demonstratio zu einem neuen Proceß benutzen, wenn er etwa zuvor eine falsche gewählt und deßwegen den vorerstigen Proceß verloren hatte, denn *falsa demonstratio non nocet*† (Gai. 4, 58).

§ **231**] d) Die *Adjudicatio*. Endlich konnte noch ein weiteres, dem Condemnationssatze vorauszustellendes (?) Formelstück hinzukommen: wenn nämlich, wie z. B. bei Gemeinschaftsauseinandersetzungen oft der Fall war, durch eine einfache Condemnatio oder Absolutio die Streitsache nicht zu erledigen war, sondern der einen Partei etwa ein Eigenthumsrecht oder anderes Sachenrecht an der bisherigen *res com-*

---

*) s. unten § 237. **) s. oben § 228. †) s. unten § 246.

munis (unter Entschädigung der anderen Partei) zugesprochen werden mußte, z. B. **Quod Titio cum Sejo fundus Campanus, quo de agitur, communis est, quantum alteri ab altero** (auf Kosten des Anderen) **adjudicari oportet, tantum Judex alteri adjudica.*** Eine Ermächtigung hierzu war die *Adjudicatio, sc. ea pars formulae, qua permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus adjudicare* (Gai. 4, 42). Während sonst der Spruchrichter nur bestehende Rechte ermittelte, anerkannte und declarirte (*fr. 35. § 1. D. de rei vind. 6, 1; fr. 40. § 2. D. de procur. 3, 3*), konnte er hier Rechte (nämlich in der Person eines bis dahin nicht oder nicht ausschließlich Berechtigten) durch seinen Machtspruch begründen, also das thun, was sonst etwa der Magistrat bei der *in jure cessio* (zufolge des Uebereinkommens der Contrahenten) addicirend that: die Ermächtigung, dies gleichsam an Stelle des Prätor zu thun, lag im Adjudicationssatze.

§ **232**] Hiernach sind organische Bestandtheile der Formula die Demonstratio, Intentio, Adjudicatio und Condemnatio: in dieser natürlichen bei der Formelaufstellung beobachteten Reihenfolge werden sie von Gaius (4, 36) aufgezählt. Die ersten zwei enthalten des Klägers, die andern des Magistrats Beitrag zur Formula.

Alle vier Bestandtheile fanden sich vereinigt nur in den drei Theilungsprocessen (*judicia divisoria*); bei den übrigen *incertae actiones* fiel die Adjudicatio aus, die Formula bestand daher hier aus Demonstratio und Intentio mit Condemnatio; dagegen zeigten die *certae actiones* nur zwei Stücke: die Intentio und Condemnatio.

In gewissen Fällen war nicht einmal eine Condemnatio indicirt: nämlich da, wo das klägerische Interesse nicht in einem sachlichen Erfolg,** sondern in bloßer Anerkennung und Proclamirung eines formalen Rechtspunktes besteht; solche Fälle haben ihre praktische Bedeutung meist als Vorfragen eines Hauptprocesses und hießen demgemäß *formulae praejudiciales* (Gai. 4, 44) oder *praejudicia*. Bei ihnen konnte es gar nicht zu einer Condemnatio bez. Absolutio kommen, weil der Streit durch einfachen Wahrspruch des Richters (*pronuntiatio, judicatio*), d. h. durch den Ausspruch, daß die Rechtsqualität einer Person (z. B. *libertas, paternitas*), oder etwa die rituelle Gesetzmäßigkeit eines Rechtsgeschäfts (z. B. erforderliche Publicität der alten Bürgenernennung: Gai. 3, 123) vorhanden sei, erledigt wurde. **Si paret, hominem, quo de agitur, ex jure Quiritium liberum esse, Judex eum liberum esse (videri), si non paret, non esse (videri) pronuntia**†: hier hatte der Schlußsatz nicht so, wie der eigentliche Condemnationssatz, einen eigenen Inhalt, sondern wiederholte nur den der Intentio; man kann daher sagen, daß eine *formula praejudicialis* lediglich aus der Intentio bestand und insofern unter allen Formeln die einfachste war.

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. VII. sub C.
**) s. Excurse zu diesem Kapitel No. IV. sub A.
†) s. Excurse zu diesem Kapitel No. VII. sub D.

§ 233] Eine freiere, doch zugleich auch verwickeltere Gestalt erhielt die Formula, und besonders die Intentio dann, wenn der Prätor die bei ihm nachgesuchte Formula nicht unmittelbar auf eine bestimmte zutreffende *lex* oder *legis interpretatio* gründen konnte. Von den *actiones legitimae s. civiles*, welche aus dem Legisactionensystem einfach herübergenommen und dem Formularproceß gemäß umgebildet waren, hieß es: *sua vi ac potestate constant* (Gai. 4, 10); wo nun aber der Prätor, um einer gewissen Intentio Halt zu geben, die besondere Voraussetzung der *legis actio* fingiren mußte, hieß es: *ad legis actionem exprimuntur.** Dies waren die ersten *actiones ficticiae* des prätorischen Systems, in welchen die alten *legis actiones* noch nachklingen und die Vorklänge der eigentlichen *actiones honorariae* zu erkennen sind, z. B. die Klage, welche neuerdings den Zollpächtern ohne Ausübung des alten Pfändungsrechts, aber wie wenn sie die Pfändung vorgenommen hätten, vom Prätor gewährt wurde (*Cic. in Verr. 2, 13; 3, 10; Gai. 4, 33*).[24]

Durch die genannten Fälle ward nicht der Kreis des materiellen Rechts erweitert, sondern nur die Geltendmachung umgestaltet; der Prätor schritt aber bald zur schöpferischen Mehrung des Reichs der materiellen Rechte fort durch Einführung von Formeln materieller Selbständigkeit: dies sind die *actiones honorariae* im eigentlichen Sinn. Zwei Gruppen derselben lassen sich unterscheiden: *actiones utiles* und *in factum;* sie bezeichnen den Fortschritt selbständigen Schaffens.

§ 234] a) Die *actiones utiles* lehnten sich noch formell an das Civilrecht, indem sie von einer als Muster geeigneten Klage des Civilrechts (*actio directa*) die Intentio borgten; insofern in ihrer Formel (z. B. in der der *actio in rem Publiciana* zum Schutz des bonitarischen Eigenthümers) zunächst die besondere, das zu schützende Recht bezeichnende, Thatsache, z. B. redlicher titulirter Besitzerwerb, angegeben werden mußte, konnte sie *formula in jus concepta* genannt werden, und insofern dann in Gestalt einer Fiction der wesentliche Umstand des civilen Musterfalls eingewebt ward (also z. B. Annahme vollendeter Usucapion), hieß die Klage *actio ficticia* (Beispiele bei Gai. 4, 34—38); endlich insofern doch eben mittels solcher Fiction eine civile Intentio gewonnen war, gehörte die Klage zu den *actiones in jus* (also z. B. die Publicianische Klage auf das *ex jure Quiritium* fundirt).**

Mit dieser künstlichen Basirung *in jus* war nun aber auch sofort volle juristische Bestimmtheit und Klarheit gewonnen und das Klagrecht auf feste Rechtskategorien zurückgeführt, d. h. auf die durch den Tact von Jahrhunderten gewonnenen Rechtstypen. Der Prätor supplirte hier in Fällen einer *par ratio* (*jus legitimum imitans*: *Gai. 4, 111; ad similitudinem s. exemplum actionis: fr. 53. D. ad leg. Aquil. 9, 2*),

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. VII. sub E.
**) s. Excurse zu diesem Kapitel No. VII. sub F.

und in seiner Hand ward die Rechtsanalogie (*exigente legis utilitate: fr. 11. D. de praescr. verb. 19, 5*) zur Rechtsquelle.[25]

§ **235**] b) Die *actiones in factum* waren der Ausdruck ganz neuer, ohne Vorbild und Anhalt vom Prätor geschaffener Rechte, so genannt, weil der Prätor, der selbstverständlich auch hier dem Spruchrichter die Bedingungen der Verurtheilung in ihrer concreten thatsächlichen Gestalt angab, sich hier auf dieselbe beschränken mußte und mithin diese „*designatio rei, de qua agitur*" (Gai. 4, 46. 60) schlechthin an die Stelle der *intentionis conceptio* treten ließ. Sie waren Klagen nicht mit erborgter, sondern überhaupt mit keiner eigentlichen Intentio (*juris civilis*). „Die *actio in jus* motivirte innerlich die Condemnatio dadurch, daß sie dieselbe an die Voraussetzung der Existenz eines Rechts knüpfte, während die *actio in factum* sie rein äußerlich an das Vorhandenseyn gewisser Thatsachen knüpfte und der Form nach die Verurtheilung lediglich auf positive Anordnung stützte".[26] Bei letzterer blieb daher das juristische Wesen des in der Klage wirksamen Rechts dahingestellt, so in der Formula der *actio hypothecaria*, in welcher der dingliche Karakter keinen Ausdruck fand. — Diese *actiones in factum* wurden zum Theil im Edict typisch fixirt und gehörten nun zu den *judicia prodita et vulgaria* (*fr. 1. pr. D. de praescr. verb. 19, 5*), aber noch immer gewährte der Prätor unter Umständen auch in anderen einzelnen Fällen, die ihm dazu angethan schienen, solche Klagen: eben so elastisch wie der Organismus, war auch das Gebiet dieser Formeln und Klagen.

Unter ihnen gab es manche, die doch in gewisser Weise eine materiell rechtliche Analogie zu anerkannten Rechten enthielten: diese empfingen keinen Bezug zu einer *actio directa*, noch einen entsprechenden Fictivzusatz in der Formel, und darum gehörten sie nicht zur ersten Gruppe, aber sie wurden zuweilen auch als *actiones utiles*, oder *utiles in factum* bezeichnet (*fr. 7. § 1. D. de relig. 11, 7*), z. B. die *actio legis Aquiliae utilis* wegen mittelbarer Schadenszufügungen (*§ 16. J. de lege Aquil. 4, 3*). — Solche *actiones in factum* waren namentlich die den Haussöhnen, denen von Haus aus *persona standi in judicio* gemangelt hatte, zugänglich gemachten Klagen, z. B. die *actio depositi, injuriarum* (*fr. 9. D. de O. et A. 44, 7*).*

§ **236**] 2) Als außerordentliche Formeltheile kamen auf Antrag einer Partei durch den Proceßmagistrat gewisse Clauseln, im Interesse theils des Klägers, theils des Beklagten, hinzu:

a) die *Clausula bonae fidei*. Bei Klagen mit *incerta formula*, wo es häufig auf Abwägung besonderer individueller Umstände ankam, mußte dem Spruchrichter eine außerordentliche Freiheit des Ermessens gelassen werden; eine solche verstand sich bei allen auf prätorischer Einführung beruhenden Klagen dieser Art von selbst, aber das alte Civilrecht hatte diese Richterfreiheit nicht gekannt. Daher, als auch

---

*) Ueber die *praescriptis verbis in factum actiones* s. unten Kap. 31.

auf dem Boden des Civilrechts Verkehrsgeschäfte, welche durch *incerta formula* geltend gemacht und also mit Demonstratio (s. § 30) motivirt wurden, erwuchsen und anerkannt wurden, schien es bei einigen derselben erforderlich, den Proceßformeln speciell den Condemnationssatz mit einem besonderen zu jener Freiheit des richterlichen Arbitrium ermächtigenden Zusatze auszustatten. Ihre Bedeutung war, daß dem Richter die Füglichkeit gegeben wurde, das Rechtsgeschäft, die *causa debendi*, nicht als isolirtes und in seinem unmittelbaren Ausdruck erschöpftes Factum, sondern im Zusammenhange seiner geschäftlichen Umgebung und der persönlichen Situation der Parteien zu erwägen. Die Zusätze lauteten anfänglich verschieden: bei der *actio rei uxoriae* „*quantum aequius melius*", bei der *actio fiduciae* „*ut inter bonos agier oportet*", bei anderen kurz „*ex fide bona*" (*Cic. Top. 17; de off. 3, 15. 17. Gai. 4, 62*); später ward diese kürzere Form allgemein üblich: *quicquid paret dare facere oportere* e x f i d e b o n a (*Gai. 4, 47*). Diese Clausel erhielten (außer der *actio rei uxoriae* und *fiduciae*) die Formeln 1) *ex deposito, commodato, pigneraticio contractu, mandato*, ferner 2) *ex emto vendito, locato conducto* und *pro socio*, endlich 3) nach Analogie des Mandats und der Societät *ex negotiis gestis* und *tutelae gestione*, sowie *familiae herciscundae* und *communi dividundo*. Es waren lauter civile Contracts- und Quasicontractsklagen, bei denen Gegenansprüche des Beklagten *ex eadem causa* (Gai. 4, 61), durch *culpa* bedingte Modalitäten der Leistung, Erweiterungen derselben durch Accessionen (Früchte, Zinsen, z. B. beim Kauf von der Waarenübergabe an, oder sonst *ex mora*), auch Cautionen wegen zu erwartender Leistungen in Frage und Ansatz kommen konnten (*fr. 41. D. de judic. 5, 1; fr. 24. D. depos. 16, 3; fr. 38. pr. D. pr. soc. 17, 2*), auch sonst rücksichtlich der Auslegung der angewendeten Vertragsausdrücke (*fr. 31. § 20. D. de aed. ed. 21, 1*) oder der Berücksichtigung des persönlichen Interesses (*fr. 54. pr. D. mand. 17, 1*) die individuelle Art und Gewohnheit der Betheiligten maßgebend seyn sollten. Diese Klagen wurden von Cicero (*pr. Rosc. com. 4*) unter den *A r b i t r i a* begriffen, die er den *Judicia* gegenüberstellte, und hießen bei den classischen Juristen speciell *a c t i o n e s b o n a e f i d e i*, im Gegensatz zu ihnen die (Rechtsgeschäfte und) Klagen, welche gleichfalls persönliche Forderungen enthielten, aber auf dem alten strengen Civilrecht beruhten, (*negotia* und) *a c t i o n e s s t r i c t i j u r i s*.[25]

§ **237**] b) Die *C l a u s u l a a r b i t r a r i a*. Sowohl bei den ebengenannten *actiones bonae fidei*, als auch bei vielen anderen Klagen (ohne Unterschied, ob sie *in rem* oder *in personam*, *in jus* oder *in factum* gingen), welche auf eine Naturalleistung oder eine complicirte, erst durch Abschätzung zu ermittelnde, Geldleistung gerichtet waren (unter dem Ausdruck „*arbitria*" zusammengefaßt), stellte sich im System der *condemnatio pecuniaria* das Bedürfniß heraus, daß der Kläger, welchem vielleicht gerade um die Leistung *in natura* zu thun war, einen processualen Weg zu deren Erzielung offen behielt, sowie anderseits, daß dem

Beklagten, welcher vielleicht, wenn nur erst seine Verpflichtung richterlich ausgesprochen war, die Leistung nicht weigern wollte, nicht durch den Fortgang des der Verurtheilung unaufhaltsam zustrebenden Processes der Weg gutwilliger Leistung und demgemäße Freisprechung versperrt werde. Mit Rücksicht auf beide Momente würde ein Richterspruch, welcher sofort die Condemnatio ausspräche, über das praktische Ziel hinausschießen, denn Kläger will hier zunächst die Anerkennung seines Rechts, Erfüllung *in natura* seiten des Beklagten, der als anständiger Mann gedacht wird, erwartend, und der Beklagte — das ist im Civilproceß eigentlich als Regel anzunehmen — will nicht widerspenstig seyn, sondern bestreitet das Recht des Klägers und wird demselben sein Recht, wenn es richterlich entschieden seyn und somit aufgehört haben wird, bestreitbar zu seyn, gutwillig leisten. So genügte zunächst eine *pronuntiatio* und bez. ein *arbitratus*, wodurch der Richter, wenn er Klägern Recht gab, dem Beklagten Raum (*licentia; — jussus judicis?*) zur einfachen Naturalleistung ließ (*Gai. 4, 163; fr. 68. D. de rei vind. 6, 1*; *fr. 14. § 4. D. quod met. c. 4, 2*), und erst, wenn diese unterblieb, wurde dann die eigentliche Condemnatio (*pecuniaria*) mit voller Würderung des besonderen Interesse des Klägers und Zulassung desselben zum *jusjurandum in litem*, zum Nachtheil des Beklagten nachgeholt.* Unverkennbar lenkt diese Gliederung der Sentenz, welche in der Formel durch die Einschaltung „*nisi restituat, condemna*“ ausgedrückt ward (*Cic. in Verr. 2, 12*), unsern Blick nach dem früheren condemnationslosen Proceß zurück: es tritt bei der *actio arbitraria* die condemnatorische Zuthat, welche der Formularproceß beifügte, noch äußerlich geschieden auf, und nur bei den nichtarbiträren Klagen zieht sich der alte Bestand und die neue Zuthat in Eine Sentenz zusammen;[28] anderseits zeigen sie aber auch die Bahn an, welche später in das System der Naturalcondemnatio mündete.

Zu diesen Arbiträrklagen gehörten außer den *actiones bonae fidei* (insoweit dieselben nämlich auf ein Zurückgeben gingen) alle *actiones in rem*, auch die *actiones finium regundorum*, *de pauperie* und *de pastu*, ferner die *actiones quod metus causa*, *doli*, *aquae pluviae arcendae*, *ad exhibendum* und überhaupt die meisten prätorischen Klagen, welche auf Restitution im weiteren Sinn gingen (*§ 31. J. de act. 4, 6; Gai. 4, 163*); doch ist ungewiß, zu welcher Zeit der erweiterte Kreis arbiträrer Klagen sich feststellte.

§ **238**] c) Die *Praescriptio* aa) *pro actore*. Während bei *certae actiones*,** deren Formel ohne Angabe des Rechtsgrundes das Petitum in der nackten Intentio aufstellte, eben nur das Geforderte *in judicium* deducirt, und der ungenannte Rest, z. B. die andere Hälfte der Stipulationssumme, später mittels neuer Klaganstellung nachgefordert werden konnte†: hätte eine solche Nachforderung bei *incertae actiones*, weil diese in der Formula mit einer Demonstratio auftraten und

---

*) s. unten § 259. 261. **) s. oben § 228. †) s. unten § 247.

folglich in ihrem ganzen durch diese demonstrirten Umfange consumirt wurden, an sich nicht geschehen können. Dennoch kam Kläger auch hier öfters in den Fall, seine Forderung nur theilweise, z. B. die bis jetzt fälligen Termine (um nicht durch *plus petitio* den Streit zu verlieren?), einzuklagen: hier galt es daher, die an sich das ganze Rechtsgeschäft und dessen volle Tragweite bezeichnende Demonstratio in Einklang zu bringen mit der vorläufigen Beschränkung des Petitum und so vom Kläger den Nachtheil eines theilweisen Verlustes — nämlich der noch nicht fälligen, also noch nicht klagreifen Zieler — abzuwenden. Dies geschah durch Anhängung der *praescriptio* „*Ea res agatur* (im Edict) — *Quod incertum stipulatus est* (Formel), *modo cujus rei dies fuit*" an die Demonstratio (*Cic. de or. 1, 37; Gai. 4, 130—2*). Durch solche Streitrestriction erlangte der Kläger die Verhütung des drohenden Proceßpräjudizes, denn das Vorbehaltene blieb nun vor der Schwelle des Processes und konnte demnach späterhin besonders eingeklagt werden, ohne dem Einwande, daß *res in litem deducta* oder *judicata* sei, ausgesetzt zu seyn.[29]

§ 239] bb) *Praescriptio pro reo.* Ebenso konnte der Beklagte in der Lage seyn, durch Erwirkung einer Clausel die Gefahr eines Proceßpräjudizes von sich abzuwenden: nämlich wenn in den Umkreis des Klaggrundes ein Beweismoment fiel, welches in diesem Proceß nur als Incidentpunkt beiläufig erledigt werden könnte und doch verdiente, in einer abgesonderten Streitverhandlung (vorher) erörtert zu werden. Solche Fälle waren: 1) wenn der Erbe Nachlaßstücke mit der *rei vindicatio* einklagte oder mit anderer Singularklage auftrat, indem er nicht bloß durch Erbfolge, sondern auch durch Mancipation oder etwa als Correalgläubiger *ex propria persona* seinen Anspruch begründete: welchenfalls der Beklagte mittels der *praescriptio* „*Ea res agatur, si in ea re praejudicium hereditati non fiat*" Zurückstellung der Erbschaftsfrage (etwa zur besonderen Behandlung vor dem Centumviralhof) erlangte (Gai. 4, 133; s. auch *fr. 25. § 17. D. de her. pet. 5, 3* und *fr. 1. § 1. D. fam. herc. 10, 2*); 2) wenn Kläger eine Prädialservitut in Anspruch nahm und Beklagter, welcher das herrschende Grundstück besaß, dessen Eigenthümer selbst zu seyn behauptete (*fr. 16. D. de except. 44, 1*), oder wenn Kläger mittels der *condictio* (*furtiva*) Früchte eines Grundstücks einklagte, dessen Eigenthum zwischen ihm und Beklagten bestritten war (*fr. 18. eod.*): welchenfalls Beklagter mittels der *praescriptio* „*Quod praejudicium praedio non fiat*" Aufschiebung des Processes erlangte, bis die Vorfrage, ob Kläger oder Beklagter Eigenthümer des fraglichen *praedium* sei, in besonderem Proceß entschieden worden.[30] Auch durch diese Praescription (deren Vorkommen in noch anderen Anwendungen von Manchen vermuthet wird) ward verhindert, daß etwas *in judicium* deducirt werde, und der Richter war angewiesen, den Kläger zu anderweiter Anhängigmachung des Separat- oder Präjudicialpunktes zu verweisen, wofern Beklagtens Anführen begründet erschien, und folglich insoweit die Verhandlung über die *actio* (ohne

daß eine *absolutio* gesprochen wurde) zu unterlassen; daß diese selbst hiermit consumirt war, wird von Manchen behauptet, muß aber wohl verneint werden, weil das gerade die Kraft jeder *praescriptio* war, daß sie das Betreffende von der Intentio und folglich von der *litiscontestatio* ausschloß, weil sie eben deshalb „*ante formulam*" gestellt ward (Gai. 4, 133), und demgemäß die *lis* zu einer *pendens* und die *quaestio de ipsa re* zu einer bedingten machte (*Quinct. 7, 5: cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse*)[31].

§ **240**] d) Die *Exceptio.* In einer weit größeren Anzahl anderer Fälle lag es gleichfalls im Interesse des Beklagten, eine besondere Schutzclausel vom Prätor in der Formel zu erlangen und so die Proceßgefahr der Condemnatio zu seinen Gunsten zu modificiren. Dies war die *exceptio* d. h. *conditio* (*s. quasi quaedam exclusio*), *quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem* (*Paul. fr. 22. pr. D. de exc. 44, 1;* dazu *Ulp. fr. 2. pr. eod.*). Sie ward auf Ansuchen vom Prätor gewährt, wenn Beklagter sich auf einen ihm zur Seite stehenden Rechts- oder Billigkeitssatz berufen konnte, wodurch das (an sich, *ipso jure* bestehende) Recht des Klägers in der Ausübung gehemmt, oder (ganz, bez. theilweise) entkräftet ward. Eine solche Clausel ließ die Intentio selbst unangetastet; der Beklagte bestritt dadurch, daß er Einwände dieser Art erhob, keineswegs den Klaggrund, ja er gab diesen solchenfalls (obschon er nicht dazu gezwungen war) insgemein ausdrücklich zu, und aus diesem Grunde konnte im Sacramentsproceß, welcher sich immer auf den einfachen Klaggrund und ein *Aut — aut* beschränkte, von Exceptionen noch nicht die Rede gewesen seyn (Gai. 4, 108), und hätten etwaige Exceptionsmomente im Wege eines separaten Wettprocesses erledigt werden müssen; aber im Formularproceß, welcher den Condemnationszweck in sich aufgenommen hatte, konnte und mußte das Exceptionsmoment sofort miterledigt werden. Es war dies eine Verwicklung, aber zugleich ein Fortschritt in der Entwicklung des Proceßorganismus: sobald man von der bloßen *pronuntiatio* zur *condemnatio* fortschritt, mußte zum Bewußtseyn kommen, daß letztere nicht bloß von den Voraussetzungen der ersteren, sondern zugleich von negativen Bedingungen besonderen Inhalts abhängig war, welche dem Beklagten ein selbständiges Anrecht auf Vertheidigung gaben.

Die Wahrheit der Intentio war die positive Bedingung der Condemnatio und kam zunächst in Frage; hatte aber Beklagter daneben eine *Exceptio* vorgebracht (was er selbt freilich in Form positiver Behauptung that, z. B. Kläger habe hinterdrein die Schuld erlassen), so erschien diese (Gai 4, 119) in der Formula* als Ausnahme (*extra* oder *praeter quam si*) oder negative Bedingung der Condemnation (*si non, si in ea re nihil*). Man konnte aber auch sagen, daß die Intentio die in der Sache selbst gelegene Voraussetzung der Condemnation und insofern keine rechte Bedingung sei, und daß nur die *exceptio* diesen Ka-

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. VII. sub H. und J.

rakter habe als ein neues selbständiges vom Beklagten von Außen in den Proceß hinzugebrachtes Moment: daher eine Klage mit exceptionsloser Formel von Cicero (*de invent. 2, 20*) *purum judicium* genannt wurde. Die *Exceptio* war gegen die *Condemnatio* gerichtet, sollte nicht fordern, sondern nur die Forderung des Klägers vereiteln, d. h. Absolution bewirken, und zeigte also den Beklagten aus dem Standpunkte der Abwehr (daher *actionis verbo non continetur exceptio: fr. 8. § 1. D. de V. S.* und die Bezeichnung als *exceptionis defensio* in *fr. 56. D. de cond. ind. 12, 6*); doch erschien Letzterer, insofern die *exceptio* als selbständiges Moment neben und gegenüber der *Intentio* stand, in Betreff der *Exceptio* als active Partei, und demgemäß impetrirte, wie der Kläger die Formel, so der Beklagte die Exception als besonderen Zusatz zur Formel, und wie Kläger die Beweislast der *Intentio*, so hatte Beklagter die seiner *Exceptio* (daher *reus in exceptione actor est: fr. 1. 19. pr. D. de probat. 22, 3*).

§ **241**] Einige der zulässigen Exceptionsgründe waren in Gesetzen des neueren Civilrechts begründet (z. B. *exc. legis Plaetoriae* wegen *circumscriptiones minorum*, *exc. legis Cinciae* wegen verbotener Geschenke), die bei Weitem meisten aber in prätorischer Anerkennung (*ex jurisdictione Praetoris proditae:* z. B. *exc. pacti de non petendo* sowohl *temporalis* als *perpetua, exc. doli, metus, compensationis, in solutum dationis*). Diese Anerkennung ward anfangs nur im einzelnen Fall vom Prätor (*causa cognita*) ausgesprochen (und demgemäß der Richter angewiesen), nach und nach aber rücksichtlich gewisser oft wiederkehrender und nun dem allgemeinen Rechtsbewußtseyn entsprechender Exceptionen im Edict formulirt und allgemein zum Voraus verheißen (Gai. 4, 118): womit die prätorische Billigkeitserwägung die Gestalt objectiver Rechtssätze annahm. *Exceptiones in factum* wurden alle diejenigen genannt, welche in so concreter Fassung vor den Richter kamen, daß dieser nicht das Gewicht der vom Beklagten vorgebrachten, sondern bloß die Wahrheit der vom Prätor selbst speciell für erheblich erklärten Thatsachen zu erörtern hatte, z. B. *exc. pacti de non petendo.*

Bei den *actiones bonae fidei* mußte sich ferner herausstellen, daß Einwände des Beklagten, welche aus der gegnerischen Verletzung der geschäftlichen *bona fides* hergenommen waren, gleichsam von selbst aus der Art der *actio* (*aequitate ipsius judicii*: *fr. 14. § 1. D. comm. div. 10, 3; fr. 3. § 3. D. pr. soc. 17, 2*) zu folgen schienen und daher gar nicht eines besonderen Ausspruchs in der Formel und folglich auch nicht eines besonderen Antrags des Beklagten beim Prätor bedurften: daher *doli exceptio bonae fidei judiciis inest* (*fr. 21. D. sol. matr. 24, 3; fr. 84. § 5. D. de leg. I.; fr. 3. D. de resc. vend. 18, 5*), oder *officio judicis continetur* (*fr. Vat. § 94*). Als nun der Begriff des *dolus* im Verkehr weiter ausgedehnt, d. h. die eigene *bona fides* überhaupt als rechtliche Voraussetzung des erhobenen Anspruchs anerkannt ward, kam man dazu, alle *exceptiones in factum* unter den Gesichtspunkt des

dolus zu bringen (*ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem*: *fr. 2. § 5. D. de doli exc. 44, 4*) und folglich alle diese als den *bonae fidei actiones* inhärent zu erklären (s. g. *exc. doli generalis*). So ward das Bedürfniß, bei *bonae fidei judiciis* noch eine Exceptionsclausel in die Formel zu postuliren, auf ein verhältnißmäßig enges Gebiet eingeschränkt, die Stellung des Richters eine immer freiere,[32] und je mehr die Bedeutung der *stricti juris actiones* zurücktrat, die ausdrückliche Formulirung von Exceptionen immer seltener.

§ 242] e) Das Exceptionsverhältniß konnte sich dann auf Seiten des Klägers, ebenso weiterhin dem gegenüber auf Seiten des Beklagten wiederholen, d. h. der Kläger konnte in ähnlicher Lage der *exceptio* des Beklagten gegenüber seyn, wie der Beklagte der *actio* gegenüber, und also eine *exceptio exceptionis* (s. g. *replicatio*) einwenden, welche nun der *Intentio* indirect zu Hülfe und, da die *exceptio* als negative Bedingung der *condemnatio* auftrat, entgegengesetzt als anderweite und zwar positive Bedingung der *Condemnatio* hinzu kam, und so fort die *duplicatio*, welche der ursprünglichen *exceptio* zu Hülfe kam (Gai. 4, 126—8), z. B. *Si paret dare oportere, si inter A. et N. non convenit, ne ea pecunia intra quinque annos peteretur, aut si postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret.**

Die etwaige *duplicatio*, welche eine *exceptio replicationis* ist, wurde dann gewöhnlich wieder als anderweite negative Condemnationsbedingung formulirt.** Möglicherweise konnten darauf noch weitere selbständige Gegenbehauptungen (*triplicatio*, *quadruplicatio*) folgen, doch liegt es in der Natur der Sache, daß eine solche Häufung äußerst selten vorkam.[33]

§ 243] II. **Erstreckung der Formula auf Proceßvertreter.** Während es dem Organismus des alten Sacramentsprocesses widerstritt, daß ein Anderer, als die Partei selbst, den Proceß (als Kläger, als Beklagter) führte[34]: war beim Formularproceß in der Stellung der *Condemnatio* ein Mittel gegeben, Stellvertretung im Proceß zuzulassen, und es scheint, daß der Prätor zuerst für Altersschwache und Kranke sich zu dieser Complication verstand (*Auct. ad Herenn. 2, 13*). Dieselbe konnte nicht ohne Modification der Proceßformula selbst geschehen, da in dieser das Bild des in Streit gebrachten Rechtsverhältnisses unmittelbar sich spiegeln mußte: aber zu solcher Modification bot eben die *Condemnatio* Gelegenheit, welche eine mehr freie und accommodable Zuthat zu dem Grundstock der Proceßelemente war.† Es konnte nämlich, während die *Intentio* die eigentlichen Parteien benannte, die *Condemnatio* auf den Vertreter (*cognitor*) des Klägers, bez. Beklagten gestellt werden, *condemnatio convertebatur in personam ejus, qui alieno nomine agebat v. judicium accipiebat* (Gai. 4, 86. 87), z. B. *Si paret, Numerium Aulo X milia Sest. dare oportere, Numerium Titio* (*cognitori actoris*) — oder *Titium* (*cognitorem rei*) *Aulo condemna.*

---

*) Vergl. auch Excurse zu diesem Kapitel No. VII. sub H.
**) s. ebendas. sub J.
†) s. Excurse zu diesem Kapitel No. IV.

Wer so als Proceßadjunct in die Formel aufgenommen (*in litem substitutus:* Gai. 4, 83) war, übernahm die Function des Klägers, bez. Beklagten für die Dauer der Verhandlungen als Proceßpartei (*domini loco habetur*: Gai. 4, 97; *dominus litis: fr. 4. § 5. D. de appell. 49, 1?*); seine Proceßhandlung ergriff, wie wenn der eigentliche Interessent handelte, das in Streit gezogene Rechtsverhältniß und bewirkte dessen processuale Consumtion; daher Beklagter, welcher mit einem Vertreter des Klägers sich in den Proceß einließ, gegen Wiederholung der Klage geschützt, und das Abverlangen einer *cautio rati* überflüssig war (Gai. 4, 98; *fr. 11. § 7. D. de exc. rei jud. 44, 2*). Aus der Sentenz stand die *actio judicati* (Executionsantrag) unmittelbar dem Vertretenen bez. gegen den Vertretenen zu (*fr. Vatic. § 317. 331*).*

Um einen Proceßvertreter mit diesen Wirkungen eintreten zu lassen, war erforderlich, daß derselbe vom *dominus* persönlich dem Gegner (*coram adversario*) als solcher genannt und mit einer gewissen Feierlichkeit bestellt wurde (*quod ego —, in eam rem Titium tibi cognitorem do*: Gai. 4, 83; *fr. Vat. § 318. 319*); dieser Act konnte auch außergerichtlich und in Abwesenheit des Vertreters selbst geschehen. Ein solcher Bevollmächtigter, welcher das *officium* übernahm, hieß *cognitor* (vielleicht[35] *qui litem alienam tanquam suam agnoscit* — wie bei *Cic. signum et manum suam cognoscere*). Gewinn und Streitsucht machte die stellvertretende Proceßführung zu einer Art Gewerbsgeschäft mancher Römer (*Cic. pr. Caec. 5*).

§ 244] Außerdem kam es vor, daß Verwalter der Vermögensangelegenheiten Abwesender (*procuratores omnium rerum absentis*) für ihre Vollmachtgeber Klagen activ oder passiv übernahmen (*Cic. pr. Caec. 20; ad famil. 13, 21; Gai. 1, 19*); es war selbstverständlich, daß diese das Rechtsverhältniß selbst, das doch ein fremdes war, durch eine Handlung, die lediglich als ihre eigne einseitige Handlung erschien, nicht *in litem* deduciren konnten, vielmehr blieb der Proceß ohne organischen Bezug zu demselben und ohne unmittelbare Rechtsfolge für den *dominus absens;* der Ausgang des Processes konnte nur den *procurator* treffen, also die *actio judicati* nur ihm, bez. gegen ihn zustehen, und dieser Ausgang wurde dadurch gesichert, daß zunächst der *procurator rei* (*defensor*) angehalten wurde, die *cautio judicatum solvi* zu leisten (Gai. 4, 101). Aber da anderseits der Beklagte gegen eine zweite Klage des *dominus,* wenn dessen *procurator* klagend auftrat, geschützt seyn wollte, wurde dem *procurator actoris* die besondere *cautio rati* (*amplius eo nomine neminem petiturum* oder, wie es später hieß: *ratam rem dominum habiturum*) angesonnen** (*Cic. pr. Q. Rosc. 12; Gai. 4, 98. 100; fr. Vat. § 333*). — Eine besondere Vorschrift im Edict war noch die, daß wer so als *procurator actoris* auftrat, dann auch (in andren Fällen) die *defensio* desselben *dominus* gegen jeden Dritten innerhalb derselben Provinz zu übernehmen (*adv. omnes absentem de-*

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. VI. **) s. unten § 267.

fendere) sich nicht weigern durfte (*fr. 33. § 3. D. de procur. 3, 3; fr. Vat. § 330*).[36]

Aehnlich einem solchen *Procurator* stand der *tutor pupilli*, der *curator furiosi* und der *actor municipum et corporum* (Corporationen); auch sie traf diese allgemeine Defensionspflicht und für den speciellen Fall jene Verbindlichkeit zur *cautio rati* (Gai. 4, 82. 99. 101); wenn vom *actor universitatis i. e. municipum* bemerkt wird, daß die *actio judicati* ihm und gegen ihn versagt worden (s. Paul. in *fr. 6. § 3. D. quod cujusq. univ. 3, 4* und Ulp. in *fr. 4. § 2. D. de re jud. 42, 1*): so ist das wohl als eine erst nach der *lex Julia municipalis* ins Edict gekommene Bestimmung anzusehen.[37]

§ 245] III. **Umstellung der Formula.** Auch nachdem der Magistrat die *lis* instruirt und das *judicium* durch *litiscontestatio* constituirt hatte, blieb ihm ein gewisser formeller Einfluß auf den Proceß, insoweit es sich nicht um die sachliche Seite des Richteramts und Richterspruchs handelte, welche natürlich frei seyn mußte. Demnach konnte er unter Umständen, z. B. um ein Präjudiz zu verhüten (*fr. 5. § 1. D. de her. pet. 5, 3*), den Proceß sistiren (*differre*) oder wegen Unvermögens des Richters demselben sein Amt wieder entziehen (*vetare*), sogar die Beschleunigung des Richterspruchs anbefehlen, dem zweifelhaften Richter Rechtsbelehrung gewähren (*fr. 79. § 1. D. de jud. 5, 1; Gell. 14, 2*), und auch, wenn ein Wechsel im Proceßpersonal vorkam, demgemäß die Formel umgestalten.

Von dieser personellen Umgestaltung (*translatio judicii*) galt, daß sie *eandem rem, non alium judicium faciebat* (*fr. 76. D. de jud. 5, 1*); sie erfolgte auf Grund besonderer Erörterung (*causa cognita*) und war namentlich in folgenden Fällen veranlaßt: 1) bei Uebertragung des Richteramtes auf eine andere Person (*judicis arbitrive mutatio*), z. B. wegen Todes, Wahnsinns oder eines *Non liquet* des zuerst Ernannten (*fr. 60. D. de jud. 5, 1; Gell. 14, 2*); 2) durch den Tod einer Partei, welchenfalls, wenn der Erbe den Proceß aufnahm (*reassumtio litis*), die *Condemnatio* (nur diese, oder auch die *Intentio?*) in der Formula active bez. passive Umstellung erfuhr; 3) wenn der *cognitor*, welcher *litem* contestirt hatte, starb oder unfähig, oder ihm die Vollmacht entzogen wurde, welchenfalls (bez. *causa cognita*) in die Formel nun der Name des *dominus*, wenn dieser in Person den Proceß fortsetzen wollte, oder der eines neuen Vertreters eingefügt werden mußte (*fr. Vat. § 341*).[38]

§ 246] IV. **Fehlerhaftigkeit der Formula.** Wir haben die größere Elasticität der *actiones incertae* (s. oben § 228) an verschiedenen Punkten, so in Ansehung der *demonstratio* (s. § 230) und der *praescriptio* (s. § 238) kennen gelernt; dieselbe zeigte sich namentlich auch darin, daß hier der Kläger nicht der Gefahr einer fehlerhaften Fassung der Formula ausgesetzt war, weil die Fassung sich durchaus relativ hielt und dem Urtheil nicht vorgriff (*quicquid dare facere oportet*: Gai. 4, 54). Anders, wenn die Formula auf ein *certum* lautete, denn da hier der Richter auf strenges *Aut-aut* angewiesen war, mußte un-

bedingte Freisprechung des Beklagten erfolgen, wenn der Richter fand, daß Kläger in der Intentio zu viel beansprucht, und Beklagter folglich das Beanspruchte (das *Plus* eben als ungetheiltes Ganzes gedacht) nicht zu leisten habe. Somit lief hier der Kläger Gefahr, mit dem Größeren, das er beanspruchte, auch das Geringere, das ihm in der That gebührte und hätte zugesprochen werden können, einzubüßen: er hatte das Rechtsverhältniß, welches er geltend machte, consumirt und dadurch sich der Möglichkeit einer neuen (auf das ihm wirklich Gebührende nun eingeschränkten) Klage beraubt (*actor causa cadebat i. e. rem perdebat*). Jene Gefahr war um so beträchtlicher, weil eine *plus petitio* in mannichfacher Weise möglich war: 1) *re plus petebatur*, z. B. die doppelte Geldsumme von der wirklich stipulirten, oder das ganze Grundstück statt des gebührenden halben Antheils; 2) *tempore*, d. h. verfrühtes Verlangen; 3) *loco*, d. h. Verlangen an einem anderen Orte, als für die Erfüllung bestimmt war; 4) *causa*, d. h. Verlangen einer bestimmten Sache, wo dem Verpflichteten freie Wahl zustand (*Gai. 4, 53. 68*; *Paul. sent. rec. 1, 10; § 33. J. de act. 4, 6*). — Wenn aus Versehen, bei richtiger *Intentio*, in die *Condemnatio* ein *Plus* oder ein *Minus* gesetzt war, so hatte der Richter sich daran zu halten, und nur der Beklagte erlangte eine *minutio condemnationis* gegen die *iniqua formula* (im Wege der *in integrum restitutio*); Gai. 4, 57.[39]

§ 247] Das Verlangen eines *Aliud pro alio* machte *aliam rem* und wirkte daher zwar Abweisung der unrichtigen, nicht aber Consumtion der richtigen Klage d. h. der Klage aus richtigem Rechtsgrunde oder auf das richtige Object, die nun nachgeholt werden konnte. — Diesem Falle stand gleich das *Aliud*, sowie das *Plus* oder *Minus* in der *Demonstratio*.* Gai. 4, 55. 58.[40]

Besondere Bestimmungen im Edict setzten den Kläger, welcher nur einen Theil (*minus petitio*) einklagte (was bei *actio certa* dem Reste nicht präjudicirte**), oder welcher von mehreren ihm gegen denselben Gegner zustehenden Klagen nur eine oder einige anstellte, um die anderen vor andere *Judices* zu bringen (*differre*), — rücksichtlich des Restes für die Dauer der gegenwärtigen Prätur der *exceptio litis dividuae*, bez. *rei residuae* aus;[41] Gai. 4, 56. 122.

D. Gerichtsverfahren.

§ 248] I. Der normale Gang des Verfahrens, welcher in dem geregelten Zusammenwirken der Proceßparteien mit den Proceßbehörden bestand, gliederte sich unter dem Einflusse der großen „Proceßcäsur" in folgende Schritte des *Jus* und *Judicium*.

1. **Jus.** a) Streiterhebung. In Uebereinstimmung mit dem alten Sacramentsproceß und abweichend von den *res cognitionum*,† bei

---

*) Ueber Fehler in der Demonstratio s. oben § 230 a. E.
**) s. oben § 238. †) s. oben § 216.

welchen der Magistrat oft durch Vorladung des Imploraten die Initiative ergriff, war es auch jetzt Sache des Klägers, die Proceßeröffnung zu ermöglichen. Das Recht der *in jus vocatio*, welches zu diesem Behufe jedem Römer zustand, ward im prätorischen Edict ausdrücklich anerkannt, und einerseits ausführlich durch neue Schutzmittel festgestellt, anderseits in besondere der Billigkeit angemessene Schranken eingehegt: dahin gehörte, daß Kläger den Widerspenstigen mit einer besonderen Pönalklage belangen, der Vater die Bestrafung seines Kindes, das ihn eigenmächtig, d. h. ohne Erlaubniß des Prätor, *in jus* vocirte, beantragen konnte (Gai. 4, 46; Dig. 2, 4—6).

Im Ganzen schien die grobe Form der *in jus vocatio* den höflicheren Sitten wenig mehr entsprechend; ernsthaft wird sie noch beim *Auct. ad Herenn. 2, 13* erwähnt, aber zu Cicero's Zeit kam sie wohl nur noch ausnahmsweise, etwa gegen Leute zweifelhaften Rufes, vor; Regel war jetzt, daß jenes Mittel, den 2. Verhandlungstermin zu sichern, das *vadimonium*,* welches gleichfalls im Edict genauer festgestellt ward (Gai. 4, 185. 186), außergerichtlich zur vertragsmäßigen Bestimmung des 1. Termins benutzt wurde, was beiden Theilen Vortheile, besonders die Füglichkeit besserer Vorbereitung und Information, gewährte. Solches freiwillige *vadimonium* (*cum satisdatione*) ward dann auch dazu benutzt, die Sache aus fernen Gegenden Italiens nach Rom zu ziehen (*Cic. pr. Tull. 20*).[42]

§ 249] b) Streiteröffnung. Der Proceß begann (*inchoatur actio*: *fr. 27. D. de R. J.*) im Termine vor dem Magistrat, wo der Kläger die seinem Anspruch gemäße Formel aus dem Album des Prätor auswählte und unter deren Verwendung den Anspruch vor dem Beklagten auseinandersetzte: dieser Act, die s. g. *editio actionis* (*s. formulae s. judicii: Gai. 4, 93*; *fr. 1. pr. D. de edendo 2, 13; Coll. leg. 2, 6*) geschah entweder mündlich (*dictare actionem*) oder schriftlich (*in libello complecti*: *fr. 1. § 1. cit.*). Beruhte das verfolgte Recht auf Urkunden, so mußte deren wesentlicher Wortlaut gleichfalls mitgetheilt werden (*editio instrumentorum*: *fr. 1. § 3. D. eod.*), um Beklagten in den Stand zu setzen, sich über Art und Grund des Anspruchs vollständig aufzuklären. Anderseits mußte, wenn Kläger über Momente der s. g. Passivlegitimation, d. h. über solche Eigenschaften oder Zustände des Gegners, ohne die er nicht der rechte Beklagte wäre (z. B. daß er wirklich Erbe oder Herr des betreffenden Sclaven oder im Besitz der vindicirten Sache sei), Information suchte (*interrogatio in jure*), Beklagter ihn darüber aufklären: auf die wirkliche oder fingirte Antwort gründete Kläger dann speciell seinen Anspruch, und Frage wie Antwort wurden mit in die Formel aufgenommen, (daher insofern *actio interrogatoria*: *fr. 1. D. de interr. i. j. 11, 1*).

Zugleich beantragte Kläger beim vorsitzenden Magistrat die Zulassung der gewählten Klage (*postulatio actionis*: *Cic. in Verr.*

*) s. oben § 139.

3, 65; fr. 24. § 2. D. de judic. 5. 1; l. un. C. de lit. cont. 3, 9): dieser gewährte (*dabat actionem* — vom Kläger hieß es: *impetrabat actionem*), oder versagte sie (*denegabat*): durch ersteres entschied er ihre Zulässigkeit im Allgemeinen — bez. nach vorgängiger *causae cognitio*, z. B. wenn die nachgesuchte *actio in factum* noch ohne Präcedenzfall war;* letzteres geschah, wenn der Magistrat im klägerischen Vorbringen überhaupt schon an sich keinen rechtlichen Klaggrund wahrnahm (z. B. Kläger aus einem *pactum nudum* klagen wollte), oder den Klaggrund als einen unsittlichen (*stipulatio turpis*) erkannte, oder fand, daß der angeführte Klaggrund schlechterdings den Thatsachen zuwider, oder daß die vorgebrachte Exceptio oder Duplicatio** nicht erst Beweises bedürftig sei (z. B. notorische *res judicata*, eingeräumte *solutio*)[43].

§ **250**] Ging die Klage auf eine Sache (*in rem*), so galt es, deren Identität festzustellen, was bei der *legis actio sacramento* in alter Weise† durch Vorlegung *in jure* oder feierliche Wanderung zum Grundstück, doch privatim und zu Cicero's Zeit schon vor dem Instructionstermine geschah, indem man zu diesem dann die symbolische Scholle mitbrachte; ähnlich, doch ohne Scheinkampf und unfeierlich, ward bei der *actio in rem per sponsionem* gehandelt††, an dem Grundstück die Scheindejection (*deductio moribus ? Cic. pr. Caec. 1. 10. 11*) behufs Bestimmung der formellen Besitzerrolle vorgenommen und der Präjudicialsponsion die *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* zur Sicherung der Restitution der *res cum omni causa* hinzugefügt: *Gai. 4, 91. 94; fr. Vat. § 336*. Neben diesem Wege bestand aber nun auch die Möglichkeit, unmittelbar mit *formula petitoria* zu klagen (*Gai. 4, 91; Cic. in Verr. 2, 12*), welche, obschon sie nicht zu dem Duplum der Früchte (wie jene Sponsion) verhalf, doch schon zu Cicero's Zeit für Mobilien die gewöhnliche Art zu vindiciren war und dem Kläger die Feststellung der Sachidentität (bez unter Anstellung der *actio ad exhibendum*) überließ (*fr. 6. D. de rei vind. 6, 1*).[44]

§ **251**] c) Streitabschneidung. Wenn der Magistrat keinen Grund hatte, dem Kläger die *actio* zu versagen, so mußte zur Anordnung des Judicium und Ausfertigung der Formel geschritten werden: ausgenommen die 2 Fälle der *confessio* und *jurisjurandi delatio*, durch welche sofort aller weitere Streit coupirt wurde. In diesen beiden Fällen trat der Vertragskarakter des Civilprocesses besonders deutlich hervor (vergl. auch *fr. 11. § 9. D. de interrog. 11, 1*): der Proceß ward hier gleichsam sprungweise, ohne die schwerfällige Entwicklung durch das Stadium des Judicium, zu Ende geführt und so unter Vorsitz des Magistrats gleichsam mit Einem Strich bis zum Punkte der *res judicata* gefördert.

aa) Die *confessio in jure* d. h. Einräumung des Klaggrundes in Gegenwart des Klägers (ohne Vorschützung von Exceptionen) konnte

---

*) s. oben § 217. 235. **) s. oben § 240. 242.
†) s. Excurse zu § 132—150. No. IV. (S. 144). ††) s. oben § 201. sub a).

ausdrücklich oder stillschweigend geschehen; das *in jure nihil respondere*, d. h. Verweigerung der Streiteinlassung seiten des *praesens reus*, ward nicht als *infitiatio*, sondern als Zugeständniß der klägerischen Ansprüche behandelt,* weil Beklagter als verpflichtet galt, sich zu verantworten (*Paul. Sent. rec. V. 5a.* § *3; Lex Rubr. c. 21; fr. 6.* § *3. D. de confessis 42, 2*).

Der *confessus in jure* stand in gewissem Sinne dem *judicatus* gleich (*confessus pro judicato est*), denn es war, als ob er sich durch Zugeständniß des Klaggrundes selbst das Urtheil gesprochen habe (*fr. 1. 56. D. de re jud. 42, 1; Paul. Sent. rec. V. 5a.* § 2): daher kam das weitere Verfahren in Wegfall (*nullae partes sunt judicandi in confitentes: fr. 25.* § *2. D. ad leg. Aq. 9, 2*), und, wo die Intentio auf *certa pecunia* gestellt war, erschien die Sache sofort executionsreif; in allen anderen Fällen mußte, um die *confessio* der *res judicata* (*condemnatio pecuniaria*) völlig gleich zu machen, der Beklagte die *confessio* durch eine Selbstabschätzung des Objects ergänzen (*urgebatur, ut certum confiteretur: fr. 6. D. de confess. 42, 2*). Besonders wichtig erschien diese Ergänzung bei der Klage aus der *lex Aquilia* und aus einem Damnationslegat, indem hier *infitiando lis in duplum crescebat:* hier gewährte der Prätor mittels einer s. g. *actio confessoria* noch ein besonderes *arbitrium litis aestimandae,* um das Interesse zu schätzen, welches der *confessus* nun als *simplum* zu leisten hatte (*fr. 23.* § *10. 11., fr. 25.* § *2. D. ad leg. Aq. 9, 2; fr. 71.* § *3. D. de leg. I*).[45]

§ **252**] bb) *Jusjurandum in jure.* Der Uebergang des Streites ins Judicium konnte auch durch Vergleich (*transactio*) vermieden werden. Derselbe war ein aus Verzicht des Klägers (*fr. 29.* § *1. D. de donat. 39, 5*) und Zugeständniß des Beklagten gemischter Vertrag, welcher die Sache in Ansehung der dem Beklagten obliegenden Restleistung der *res judicata* ähnlich machte, so daß die sub aa) vorgetragenen Grundsätze einschlugen. Eine besondere Methode des Proceßvergleichs (*species transactionis: fr. 2. 31. D. de jurej. 12, 2; fr. 21. D. de dolo 4, 3*) war aber die Ueberführung zum Eidesausschlag (Form: *fr. 33. D. de jurejur. 12, 2*).

Dieselbe war ein Recht des Klägers und beruhte daher auf dessen Initiative: ihm kam es zu, den Streit auf Eid (*conditio jurisjurandi*) zu stellen, und er that dies, indem er auf Beweis und Urtheil verzichtend dem Beklagten den Eid über den Klaggrund antrug (*delatio jurisjurandi*). Der Beklagte, welcher übrigens dem Deferenten das *jurisjurandum calumniae* abverlangen** konnte (*fr. 34.* § *4. D. de jur. 12, 2*), hatte die Wahl, den Eid anzunehmen (*susceptio jurisjurandi*) oder zurückzuschieben (*relatio jurisjurandi*); das Eine oder Andere vertrat gleichsam die Litiscontestation† (*jusjurandum in locum litis contestatae succedit: fr. 28.* § *2. D. de judic. 5, 1*) und konnte ebenso, wie diese, der *novatio* verglichen werden (*fr. 26.* § *2; fr. 30.* § *3. D. de jurej. 12, 2*).

---

*) s. unten § 262. **) s. unten § 260. †) s. unten § 253.

Desgleichen konnte die darauffolgende Eidesleistung der Beweisführung (*fr. 11. § 3. D. eod.*) und richterlichen Sentenz verglichen werden (*jusjur. vicem rei judicatae obtinet*: *fr. 1. pr. eod.*), denn die Abschwörung seiten des Beklagten wirkte wie *absolutio*, die Zuschwörung seiten des Klägers wie *condemnatio*. Die ganze Eides-Procedur (*exactio jurisjurandi*) vertrat das Judicium (*jusjurandum cedit pro judicio*: *fr. 35. § 1. D. eod.*). Nichtleistung des deferirten und angenommenen Eides galt als *confessio* (*fr. 34. § 6. D. eod.*: *„aut solvat, aut juret"*; *fr. 38. eod.*) und kam dem Kläger, Nichtleistung des referirten Eides dem Beklagten zu Statten (*fr. 34. § 9. eod.*). Kläger, bez. Beklagter konnte sich dann auf den infolge der Eideszuschiebung erledigten Proceß mittels *exceptio jurisjurandi* berufen, welche der *exc. rei judicatae* parallel ging, und Kläger hatte eine der *actio judicati* analoge *actio in factum*, bez. wenn das Schwurobject ein *incertum* war, ein *arbitrium litis aestimandae* (*fr. 11. § 3. D. eod.*). — Wenn der De- oder Referent dem zur Ableistung bereiten Gegner erklärte, den Eid erlassen zu wollen (*jurisjurandi gratiam adversario facere*: *remissio jurisjurandi*), so hatte das die Wirkung des geleisteten Eides (*fr. 6. 32. 41. D. eod.*).

Weil Beklagter den *in jure* angetragenen Eid nicht ablehnen durfte, sondern annehmen oder zurückschieben mußte, hieß derselbe *jusjurandum necessarium* im Gegensatz zu dem außergerichtlichen Versuch, durch Eid einen Streit zu erledigen (*jusjur. voluntarium*). Auch dieser kam bei den Römern häufig vor, ward selbst unter Peregrinen üblich und vom Prätor im Edict durch Gewährung einer *actio in factum* und *exceptio jurisjurandi* auf Grund abgeleisteten Eides anerkannt (*fr. 3. pr., fr. 7. 20. D. eod.*).[46]

§ **252**] d. Streitbefestigung. aa) Act. Wenn weder der Anspruch zugestanden, noch ein Abkommen erzielt wurde, verschritt der Magistrat zur Anordnung des Judicium auf Grund der Klagentgegnung (Streiteinlassung) des Beklagten. Diese, die in sachlicher Beziehung theils *infitiatio*, theils *exceptio* seyn konnte, erfolgte entweder alsbald im ersten Verhandlungstermine oder, falls Beklagter sich Bedenkzeit erbat und *vadimonium** auf einen anderweiten Termin einging, dann in diesem. Zur Anordnung des Judicium gehörte, daß der Magistrat 1) den Richter ernannte, an welchen die Condemnationsanweisung gerichtet wurde, und 2) den Anspruch des Klägers, unter Berücksichtigung etwaiger Exceptionen u. s. w., definitiv formulirte, um dem Richter die nöthige formale Unterlage zu geben.

Die Bestellung des Richters (*judicis datio, addictio*: *fr. 39. pr., fr. 46. D. de judic. 5, 1*) geschah auf den Vorschlag des Klägers (*judicem ferre*: *Cic. pr. Rosc. Com. 15*), welchen der Beklagte eidlich, doch ohne Angabe von Gründen, verwerfen konnte (*iniquum ejurare*: *Cic. de or. 2, 70*). Der Magistrat hatte dabei die allgemeinen Unfähigkeits- und Excusationsgründe zu berücksichtigen; das Ernennungsdecret vollzog

*) s. oben § 248.

er einfach durch Ausfertigung des betreffenden Passus in der Formel (Gai. 4, 46. 47).

Die definitive Formulirung der Streitsache war ein entscheidender Act und für alles Weitere maßgebend: an ihn knüpfte sich eine Reihe sachlicher Rechtsfolgen.* Der Proceß galt von da an als amtlich instruirt, die Sache als *res in judicium* (*litem*) *deducta*, der Streit als wirklicher Rechtsstreit (*lis ordinata s. inchoata*), und die Parteien standen nun unter den Regeln des Judicium; bis dahin konnte Beklagter sein Leugnen (ob auch seine *confessio?*) zurücknehmen und somit noch die Klage zugestehen (*fr. 25. § 6. D. de noxal. act. 9, 4*), konnte Kläger seine Klage noch verbessern oder auch fallen lassen, ohne sich dadurch für spätere Klaganstellung zu präjudiciren (*l. 3. C. de edendo 2, 1*), und konnte Beklagter die Zulassung von Exceptionen beantragen (*Gai. 4, 125*). Daher das Bedürfniß feierlicher Constatirung jenes Actes.

§ **254**] Als Solennität für diesen Zweck nun war aus der Zeit des (mündlichen) Legisactionenprocesses die Zeugenaufrufung** in das neue Verfahren herübergenommen worden, und sie blieb hier wohl so lange praktisch, als nicht allgemein anerkannt und geläufig war, daß das wesentliche Ergebniß der *in jure* vollzogenen Proceßinstruction in der officiellen Formula zusammengefaßt werde: daher kam es, daß auch im Formularproceß der Schlußpunkt des Verfahrens *in jure*, womit „*judicium constitutum*" eintrat, mit dem alten Namen *litis contestatio* (eigentlich Beglaubigung des eingerichteten Rechtsstreites durch gegenwärtige und von beiden Theilen aufgerufene Zeugen: *Fest. v. contestari*) belegt wurde, — auch später noch, als wirkliche Zeugenaufrufung schwerlich mehr üblich war; dieselbe erschien nach und nach (noch in der Zeit der Republik?) als überflüssig neben der Ausfertigung der Formula, die nun vom Magistrat (in doppeltem Exemplar?) den Parteien eingehändigt wurde und einen sowohl einfacheren als sichreren Anhalt für das künftige Verfahren *in judicio* bot, als die altmodische Umständlichkeit der Zeugenaufrufung.

Die Litiscontestation war der formale Wendepunkt des Streites; in ihm trat die streitordnende Thätigkeit des Magistrats zusammen mit der streitübenden Thätigkeit der Parteien zu einem gemeinsamen Ergebniß: vom Magistrat hieß es: *judicium constituit*, vom Kläger: *judicium* oder *litem contestatur* (*cum reo de aliqua re*), und vom Beklagten: *judicium accipit* (*s. suscipit s. patitur*); die *Lex Rubria c. 20* sagte von den Parteien: „*quos inter id judicium accipietur lisve contestabitur;*" das Hauptstück aber war eigentlich die Formelausfertigung, welche die Bedeutung eines prätorischen Decretes hatte.[47]

§ **255**] bb) Wirkungen.[48] Dieselben ergeben sich *α*) zunächst aus folgender natürlicher Erwägung. Der Kläger hat durch die Litiscont. seinen definitiven Willen erklärt, den Streit durch das eben damit angeordnete Judicium zum Austrag zu bringen, in dieser Erwartung

---

*) s. unten § 255. **) s. oben § 140.

hat der Magistrat seine Mitwirkung gewährt, und nur unter dieser Voraussetzung ist auch eine Nöthigung des Beklagten zur Streiteinlassung gerechtfertigt. Mit seinem eigenen Willen, mit der Würde der Magistratur und dem Recht des Beklagten würde also Kläger in Widerspruch treten, wenn er jetzt vor dem Urtheil die Klage fallen lassen wollte, um sie später neu aufzunehmen, oder wenn er während des schwebenden Processes über dieselbe Sache (vor anderer Behörde) einen anderen Proceß anhängig machen und mithin ein zweites Judicium gleichzeitig veranlassen wollte, oder wenn er nach Abschluß des Judicium durch *res judicata* noch einmal dieselbe Sache in Streit rufen wollte. Der letzte Fall ist der praktisch wichtigste und zugleich der deutlichste: durch *res judicata* hat die Sache aufgehört, bestritten und bestreitbar zu seyn, und folglich ist es ungereimt, sie neuerdings wie eine bestrittene zu behandeln.

Auf diesem einfachen Gedanken, daß von der staatlichen Rechtspflege innere Widersprüche fern zu halten sind, beruht jener alte und viel-besprochene, wohl zuerst in der *fori disputatio* festgestellte Grundsatz des Röm. Civilprocesses, daß über dieselbe Sache nur ein Mal Rechtsstreit gepflogen (*Gai. 4, 108: qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; Quinctil. VII, 6, 4: scriptum est, bis de eadem re ne sit actio; Cic. Lael. 22: acta agimus, quod vetamur vetere proverbio; Jul. Vict. 4, 8: cum lege cautum sit, ne bis de eadem re agere liceret; Ulp. in fr. 3. § 13. D. de hom. exh. 43, 29: non amplius agi permittitur, quam semel actum est;* dazu *fr. 6. D. de exc. rei jud. 44, 2*), und ein erledigter Streit nicht erneuert, d. h. nicht noch einmal in Streit gezogen werden könne (*non conceditur, eandem causam retractare: arg. fr. 31. D. de jurejur. 12, 2*), wozu der Satz: „*postquam liti motae renunciasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio permittit*" (*l. 4. C. de pact. 2, 3*) nur gleichsam einen Anhang bildet.

Daß aber eine Streitsache mit einer anderen oder früheren wirklich identisch sei, bestimmte sich nicht nach der Identität der Klage (*eadem actio*), denn es konnte dieselbe Sache electiv durch verschiedene Klagen verfolgt werden, z. B. durch *actio mandati* und *condictio certi ex stipulatu*, sondern nach der Identität des geltend gemachten Geschäftsgrundes oder des ökonomisch individualisirten Klagwerthes (*eadem quaestio s. causa: fr. 28. § 4. D. de jurejur. 12, 2; fr. 3. 5. D. de exc. rei jud. 44, 2*), welcher auch als *origo petitionis* bezeichnet wird (*fr. 11. § 4. D. eod.*).

§ 256] *β*) Zu jener exoterischen Wirkung der Litiscontestation, daß sie alles anderweitige Processiren abschnitt, gesellte sich die zweite Wirkung, daß sie den gegenwärtigen Proceß auf den in ihr festgestellten Streitpunkt concentrirte und einschränkte; das Rechtsverhältniß nicht so, wie es vielleicht in Wirklichkeit, sondern wie es in der Formel auf Grund der Instruction *in jure* aufgefangen und abgefaßt war, m. a. W. nicht der Anspruch, welchen der Kläger etwa ursprünglich erheben konnte oder wollte, sondern welchen er *in jure* wirklich geltend ge-

macht und der Magistrat dann endgiltig formulirt hatte, gelangte zum Verspruch: so schuf die Litiscontestation eine selbständige und formell neue Basis; in diesem Sinne wieß sie auf die künftige Sentenz hin, bereitete dieselbe vor und forderte sie auch als ergänzenden und abschließenden Umstand. Auf diesen Umstand waren die Litiganten fortan angewiesen und gestellt, sie mußten die Sentenz abwarten, welcher sie sich durch die Lit.-Cont., wie durch einen Vertrag, zum Voraus unterworfen hatten; Kläger insonderheit, welcher den Proceß gleich einem *negotium* unternommen, hatte die bedingte Anwartschaft auf die Condemnatio des Beklagten, von welchem demnach gesagt wurde: ***incipit teneri reus litiscontestatione*** (Gai. 3, 180). Auch für diese esoterische Wirkung der Litiscontestation gab es ein altes Sprichwort: ***Apud Veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere*** " (*Gai. ib.*).

Aber die Sentenz war ein zukünftiger Umstand, der nicht sofort zur Verwirklichung stand. Vergleich und Eidesantrag *in jure* konnten naturgemäß sofort den Streit erledigen, wobei die augenblickliche Sachlage die selbstverständliche Unterlage der reellen Abmachung bildete; ebenso naturgemäß wurde dagegen durch *deductio in judicium* der Zeitpunkt der Streiterledigung hinausgeschoben, im Widerspruch mit dem Proceßideal, nach welchem auf die Lit.-Cont. unmittelbar das Urtheil folgen mußte, denn beide machen ein juristisches Ganzes aus. Die Spaltung des äußeren Vorgangs mußte also innerlich, d. h. rechtlich überwunden werden, und dieses Postulat ward erfüllt, indem die Spaltung als Spannung behandelt und die nachherige *res judicata* auf den Zeitpunkt der Lit.-Cont. zurückbezogen wurde: so empfing die nachfolgende Sentenz ihre Rechtskraft eigentlich aus der vorausgehenden Lit.-Cont., die als ihr Quellpunkt und Rechtsgrund galt; es entspricht diesem Proceßorganismus, zu sagen, daß das Urtheil aus der Bedeutung der Lit.-Cont. — (so v. Bethmann II. S. 484), nicht aber, daß die Litiscontestation aus dem Begriff des Urtheils zu erklären sei (so ehedem v. Keller Lit.-Cont. S. 78).

In jener Zurückziehung der Sentenz auf den Zeitpunkt der Lit.-Cont. (statt deren im Interdictsproceß theilweise schon der Zeitpunkt des *interdictum redditum** in Betracht kam[49]) lag einmal, daß der siegende Kläger alles erhalten mußte, was er erlangt haben würde, wenn ihm sofort im Augenblick der Lit.-Cont. geleistet worden wäre: diese Erweiterung auf die *omnis causa* kam dem Kläger von selbst zu Gute nach dem Satze: *post judicium acceptum causa omnis restituenda est* (*fr. 31. pr. D. de reb. cred. 12, 1;* dazu *fr. 91. § 7. D. de leg. I.*); anderseits knüpfte sich aber die für den Beklagten nachtheilige Wirkung an, daß er außer den Fällen der Arbitratsclausel** verurtheilt werden mußte, unangesehen die etwa inmittels (d. h. nach der Lit.-Cont.) bewirkte freiwillige Leistung des Streitobjects. Wie aber jene Wirkung in der

*) s. oben § 205. **) s. oben § 237.

Folge mehr ausgebildet wurde, so erfuhr diese Wirkung später eine erhebliche Milderung: Fortschritte, durch welche in der folgenden Periode die beiden grundlegenden Dogmen vom *judicium pendens* und der *novatio per lit. cont.* (worin die den beiden obigen Sprüchwörtern entsprechenden Dogmen der Klagconsumtion und Proceßobligation sich zusammenfaßten) wissenschaftlich festgestellt wurden.*

§ 257] cc) Verstärkung. Die Wichtigkeit des Actes der Litiscontestation heischte unter Umständen deren Verstärkung durch Cautionen, welche in der Regel durch Bürgenstellung zu leisten waren (*satisdare*, *satisaccipere*, *satis desiderare*). Dieselben wurden vom Proceßmagistrat, da sie „wesentlich auf die Sicherstellung der Litiganten gegen einander abzielten", auf Antrag einer Partei dem Gegner auferlegt (*exactio cautionis*), wo Gefahr war, daß die Lit.-Cont. ihre Wirkung versagen könnte: insofern waren sie Stützen des *judicium acceptum* und gehörten zu den *cautiones judiciales*, *i. e. quae propter judicium interponuntur, ut ratum fiat* (*fr. 1. § 1. D. de stip. praet. 46, 5*).

Indicirt war eine solche Caution 1) auf Seiten des Klägers nur dann, wenn ein unvollkommner** Stellvertreter, also entweder ein bloßer *procurator* (*absentis*), oder ein *tutor*, *curator* oder *actor municipum* klagend auftrat, denn beim *cognitor* war Beklagter sicher vor anderweiter Klage: demgemäß hatte dort der Stellvertreter auf Erfordern die *cautio de rato**** zu leisten, wodurch die *actio ex stipulatu* auf das Interesse gegen den Promissor und den Bürgen gegeben ward, wofern der *dominus* anderweite Klage erheben sollte (Gai. 4, 88. 96—100); 2) auf Seiten des Beklagten, und zwar a) wenn der *dominus* selbst Beklagter war: hier hatte Beklagter *certis ex causis* die *cautio judicatum solvi* zu leisten, nämlich bei Eigenthums- und Erbschaftsklagen, wofern er im einstweiligen Besitz der petirten Sache blieb, und bei persönlichen Klagen, wofern er der Insolvenz verdächtig war; jene Caution bei Vindicationen, die auch auf Servitutenklagen Anwendung fand, vertrat die *praedes litis et vindiciarum* der *legis actio sacramento* †, bez. die *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* bei der Sponsionsklage oder die *stipulatio fructuaria* beim possessorischen Interdict;†† Verdacht der Insolvenz, die Voraussetzung der Caution bei persönlicher Klage, ward immer angenommen, wenn die Klage die *actio judicati* (auch die *actio depensi* des *sponsor* gegen den befreiten Principalschuldner), oder wenn Beklagter Bankerottirer (*decoctor*) war oder als *indefensus* Proscription seines Vermögens erlitten hatte (*Gai. 4, 91—95; fr. 6. D. judic. solvi 46,7; Gai. 4,102*); — b) wenn ein Stellvertreter auf die Klage sich einließ, war jedenfalls die *cautio jud. solvi* zu leisten, denn *nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur* (*Gai. 4, 25 u. 101; fr. 166. D. de R. J.*): demgemäß hatte, wenn der Stellvertreter ein *cognitor* war, der *dominus*, außerdem der Stellvertreter selbst (*procurator etc.*) zu caviren.[50]

---

*) s. unten Kap. 31. **) s. oben § 244. ***) s. ebendaselbst.
†) s. Excurse zu § 132—150. No. IV. (S. 145). ††) s. oben § 209 u. 250.

§ 258] 2. **Judicium.** a) Verhandlung und Beweisführung. Weniger als das Verfahren *in jure*, wich das Verfahren *in judicio* ab von dem des Sacraments-Processes: es verlief ohne bestimmte Formalitäten und Fristen, erstreckte sich je nach dem Bedürfniß der Beweisführung durch einen oder mehrere Termine, deren Zeit und Ort vom Richter angeordnet wurden, und der Richter oder das Richtergremium entschied sich dann nach freier Ueberzeugung.

Der (erste) Termin *in judicio* begann mit der *editio formulae*, wahrscheinlich unter mündlicher Erläuterung seiten beider Theile (*causae conjectio*), wie in alter Zeit; die darauf folgende eigentliche Verhandlung ward in zusammenhängender Rede (*peroratio*) beider Theile — wobei in der Regel die ihnen zur Seite stehenden *Patroni* das Wort nahmen, dem Gegentheil jederzeit Interpellation freistand und dem Sprecher betreffs der Zeitlänge freie Hand war — und in ungebundener Discussion (*altercatio*), welche in der Regel wohl zum Schlusse eintrat, geführt. Oft mußte ein neuer Termin (*secunda actio* u. s. w.) angesetzt werden, in welchem dann mit einer kurz wiederholenden *narratio* die Partei zur *probatio* verschritt.

Unter den Beweismitteln waren von Alters her Zeugen (*jurati testes:* nur Freie) die wichtigsten gewesen, jetzt mit Ausbildung des Schriftwesens gewannen daneben Urkunden (*tabulae, instrumenta, literae*) eine hohe Bedeutung im Proceß und kamen immer häufiger vor; bei der Zeugenabhörung, welche immer von der vorführenden Partei selbst vorgenommen wurde, spielten die der Gegenpartei freistehenden Kreuzfragen eine wichtige Rolle; die erstatteten Aussagen wurden wohl schon jetzt kurz protocollirt. Geständniß und Eideszuschiebung konnten auch *in judicio* noch vorkommen, galten aber hier „nicht als Surrogate, sondern nur als Grundlage der Entscheidung“, und ihr Einfluß auf den Ausgang des Processes hing vom Ermessen des Richters ab (*Paul. S. Rec. V. 5a, § 3. Quinctil. V, 6*).

Es gehörte zum *officium judicis*, die gesammte Verhandlung mittels Fragen und Anordnungen (*interlocutiones, jussus, praecepta: fr. 3. D. quae sententiae 49, 8*) zu leiten, unter Umständen auch einen Ergänzungseid oder (bei *actiones bonae fidei* und *arbitrariae**) einen Würderungseid (*jusjurandum in litem*), durch welchen (im Liquidationsstadium) wegen *dolus* oder *contumacia* des Gegners dem Kläger selbst die Aestimation seines Interesses anheim gegeben wurde (*fr. 2. 5. D. de in lit. jur. 12, 3*), anzuordnen.[51]

§ 259] b) Entscheidung. Der Urtheilsspruch des Richters (*sententia judicis*) war entweder eine einfache *pronuntiatio*, d. h. „eine Declaration des befundenen Rechtsverhältnisses in unpersönlicher Fassung“, z. B. *servum, liberum videri,*** *testamentum injustum esse*, oder verbunden mit einem persönlich auf den Beklagten gestellten Ausspruch, welcher, der Condemnatio in der Formula gemäß, das Ansinnen des

*) s. oben § 237. **) s. oben § 262.

Klägers entweder verwarf (*absolutio*) oder anerkannte (*condemnatio*). Letzternfalls konnte der Abschluß der Sentenz durch Zwischenmomente (*arbitrium de restituendo* und *litis aestimatio*) bedingt seyn*, und dadurch unter Umständen ein Aufschub geschehen, so daß hier der richterliche Entscheid in mehrere auf die *pronuntiatio* folgende, bez. getrennte, Acte zerfiel, doch galt die *pronuntiatio* als das Hauptstück der Sentenz, welches die *res in judicium deducta* zur *res judicata* machte (*fr. 1. D. de re jud. 42, 1*).

Der Richter sprach nach Vernehmung mit den Beisitzern (*itio in consilium*) das Urtheil in Gegenwart der Parteien und in mündlicher Rede, für welche keine besonderen Solennitäten vorgeschrieben waren; Macer (in *fr. 1. § 1. D. quae sententiae 49, 8*) referirt ein Urtheil so: *Cum constet, Titium Sejo ex illa specie L, item ex illa specie XXV debere: idcirco L. Titium Sejo LXXV condemno.* In spätern Zeiten ward Verlesung des Urtheils und Ausfertigung von Abschriften an die Parteien auf Grund einer Niederschrift (*periculum*) üblich. — In den Recuperatorengerichten ward die Sentenz nach Stimmenmehrheit abgegeben.

Mit vollständiger Entscheidung war *lis terminata* (*fr. 45. D. de re jud. 42,1*), mithin nun die Aufgabe des Richters beendet und sein Amt erloschen, so daß von seiner Seite Wiederaufnahme der Sache und Aenderung des Entscheids unmöglich waren, weitere Maßregeln aber, wie die der Execution, vor den Magistrat gehörten (*fr. 55. D. de re jud. 42, 1*).[52] Die Sentenz war unumstößlich (*res judicata pro veritate accipitur: fr. 207. D. de R. J.*), und die Parteien hatten ihren ausgesprochenen Inhalt schlechthin anzuerkennen; sie konnten sich auf ihn in einem etwaigen neuen Proceß (mittels der *exceptio rei judicatae*[53]) jederzeit berufen; doch lag es in der Art des Processes als einer Verhandlung unter den bestimmten Parteien, daß in der Regel eben nur für sie (und ihre Rechtsnachfolger) die Sentenz diese Rechtskraft hatte (*judex jus facit inter partes: fr. 17. § 1. D. de inoff. test. 5, 2; fr. 50. § 1. D. de legat. I.*); *C* konnte demgemäß ein Grundstück vindiciren, das eben erst zwischen *A* und *B* als Eigenthum des Letzteren anerkannt worden. Der Kläger, welcher die Condemnation des Beklagten erlangt hatte, machte dieselbe nöthigenfalls mit der *actio judicati* geltend, welche, wenn Beklagter zur Leistung des Judicats verbunden zu seyn leugnete, zu neuer Formula mit Judicium führte, aber auch den Beklagten der *poena dupli* aussetzte und mit der *cautio judicatum solvi* belastete; ward letztere nicht geleistet, so kam es sofort zur *missio in bona*.[54]

§ 260] II. Proceßunrecht. Ungebührliches Verhalten der einen oder der anderen Partei konnte von Einfluß auf den Gang und Ausgang des Processes werden, wodurch derselbe entweder in eine andere Bahn gelenkt wurde oder eigenthümliche Zusätze erhielt. Je nachdem solche Ungebühr im Handeln oder im Unterlassen bestand und auf Seiten Klägers oder Beklagtens vorkam, sind folgende Fälle zu unterscheiden

---

*) s. oben § 237.

1. *Temeritas litigandi:* a) auf Seiten Klägers. Es kann darin eine Ungebühr liegen, daß Kläger es zum Proceß treibt: so, wenn er sich durch Streitsucht fortreißen läßt oder gar wider besseres Wissen einen Anspruch prätendirt, um dem Gegner Chicane zu bereiten (*calumnia*). Im Sacramentsproceß der Centumviralsachen war es das jetzt 125 Sesterzen (= 1000 As) betragende Succumbenzgeld, welches dem Kläger als Strafe drohte (Gai. 4, 95); im Formularproceß dagegen legte der Prätor auf Verlangen des Beklagten dem Kläger die Ableistung des *jusjurandum calumniae* auf, oder Beklagter konnte sofort den Kläger wegen *Calumnia* auf Leistung des Zehntheils (bei Interdicten: des Viertheils) des Streitobjects belangen (*judicium calumniae opponere:* Gai. 4, 172. 174—179); der Gefahr, ein (verschieden normirtes) Succumbenzgeld dem Beklagten leisten zu müssen, war Kläger nur noch bei prohibitorischen Interdicten,* der *condictio certi, actio de pecunia constituta* und in einigen anderen Specialfällen ausgesetzt (*„contrarium judicium“*: Gai. 4, 171. 174. 177—179).

b) auf Seiten Beklagtens. Im Sacramentsproceß, ebenso wie bei der *condictio certi*, *actio de constituta pecunia* und den prohibitorischen Interdicten war Beklagter gleichfalls der Succumbenzstrafe ausgesetzt; auch er mußte auf Verlangen des Klägers das *jusjur. calumniae* leisten. Besondere Nachtheile trafen den Beklagten in folgenden Fällen: 1) die *poena dupli* bei der *actio judicati*, *depensi*, *legis Aquiliae* und *condictio ex testamento* wegen Damnationslegats (*lis infitiando crescit in duplum:* Gai. 4, 171; 3, 127. 216; 2, 282); 2) *infamia* bei der *actio furti, de dolo malo*, *injuriarum*, *fiduciae*, *tutelae*, *mandati*, *depositi* u. s. w. (in den Delictsfällen sogar bei Erledigung durch Vergleich; Gai. 4, 182); 3) *poena ejus*, *qui liti se obtulit*, d. h. wer fälschlich Besitz vorgegeben und so auf die Vindication sich eingelassen hat, wurde, wie wenn er Besitzer wäre, verurtheilt (*fr. 25. D. de rei vind. 6, 1*).

Alle Proceßstrafen (*poenae temere litigandi*) blieben im Fall der *exactio jurisjurandi calumniae* außer Anwendung, und waren streng persönlich (Gai. 4, 172).[55]

§ **261**] 2. *Contumacia* (Ungehorsam). In der Person des Klägers kann von einem eigentlichen Ungehorsam nicht die Rede seyn, da der von ihm erhobene Anspruch Rechte betrifft, auf deren Geltendmachung er verzichten kann; eine Proceßversäumniß von seiner Seite kann daher keine positiven Wirkungen zu seinem Nachtheil hervorbringen, sondern höchstens zur Verwirkung des erhobenen Anspruchs führen. Dies nun war der Fall, wenn Kläger nicht in Gemäßheit des *vadimonium* im Instructionstermine erschien, denn ein nochmaliges *vadimonium* konnte regelmäßig dem Beklagten nicht zugemuthet werden (Liv. 39, 18). Außenbleiben des Klägers *in judicio* hielt den Termin nicht auf und führte zwar nicht nothwendig zur Freisprechung des Beklagten, verschlechterte aber die Lage des Klägers, da der Richter frei-

*) s. oben § 206. 212.

sprach, wenn nicht sofortiger und voller Beweis zu Gunsten des (abwesenden) Klägers von selbst vorlag (*fr. 6. § 3. D. de confessis 42, 2*).[56]

Dagegen legte dem Beklagten der Proceß bestimmte Verpflichtungen auf, da der Kläger Anspruch auf processuale Durchführung hatte, und auch der Magistrat, welcher demgemäß verfügte, seine Würde wahren mußte. In drei Beziehungen konnte der Beklagte dagegen fehlen, d. h. ungehorsam (*contumax*) seyn: 1) wenn er ohne einen Stellvertreter zu stellen (*indefensus*), sich dem Proceß entzog; 2) wenn er bei den *arbitrariae actiones* dem *arbitratus de restituendo* nicht nachkam, und 3) wenn es zu einer eigentlichen *condemnatio* gekommen und der *condemnatus* säumig oder widerspenstig war.

In dem Falle sub 2) verschlechterte Beklagter seine Lage insofern, als der Kläger, der nunmehr zum *jusjur. in litem* zugelassen ward,* sein Interesse über den Werth des Streitobjects hinaus schätzen durfte (*crescit condemnatio ex contumacia non restituentis per jusjur. in litem*: *fr. 1. D. de in lit. jur. 12, 3*).[57]

§ **262**] Zu 1) Es ist zu unterscheiden, ob der Beklagte der Lit.-Cont. sich entzog oder erst im Termine des Judicium außen blieb. a) Außer dem Falle, da Beklagter zwar im Instructionstermine *praesens* war, aber Streiteinlassung weigerte,** war Klägern die Litiscontestation auch dann vereitelt, wenn der zu Belangende sich von vornherein der *in jus vocatio* durch beharrliche Verbergung entzog (*si fraudationis causa latitabat: fr. 7. § 1. 8. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4; fr. 52. D. de R. J.*), oder, ohne einen Stellvertreter zu haben, auf Reisen war (*absens*: *fr. 2. D. h. t. 42, 4; fr. 199. D. de V. S.*); in diesen Fällen — wozu noch der zu rechnen ist, da der zu Belangende handlungsunfähig (z. B. *pupillus, furiosus, prodigus*, Corporation) und ohne Stellvertreter war — hieß es, der *reus* sei *indefensus* (*fr. 10. D. de admin. tut. 26, 7*), und gewährte der Prätor ein Surrogat des Judicium.

Im Princip folgte der Prätor dabei dem alten Recht: der *indefensus*, wie der *confessus*, gilt *pro damnato* (*lex Rubria c. 21*), d. h. die (Real- und bez. Personal-) Execution trat gegen ihn ein.† Doch ertheilte der Prätor dieses, Ehre und Gut gefährdende, Rechtsmittel nur im Falle eines vorhergegangenen *vadimonium* (*fr. 2. pr. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4*), bez. nach vorläufiger Erörterung der Sachlage, damit nicht der reinen Willkür Spielraum gelassen werde (z. B. *fr. 50. pr. D. de pecul. 15, 1*), und immer blieb dem *Indefensus* die Möglichkeit, die (ungerechter Weise) verhängte *immissio* anzufechten, den Impetranten *injuriarum* zu belangen und selbst noch die durchgeführte, dann ungerecht befundene *bonorum venditio* rückgängig zu machen; ungerecht aber war die *immissio*, wenn sich dann herausstellte, daß der Gegner gar nicht *latitans* oder *absens* oder *indefensus* gewesen, oder aber der Impetrant in der That den behaupteten Anspruch gar nicht hatte.

---

*) s. oben § 237. 259. **) s. oben § 251. †) s. § seq.

Bei den *actiones in rem* konnte jedoch Beklagter sich der *defensio rei* dadurch entziehen (*evitare judicium*), daß er den Besitz preisgab, welchenfalls der Prätor ohne Weiteres durch ein Interdict (*Quem fundum*, *Quam hereditatem* u. s. w.) dem Kläger *possessionem* gewährte (*Ulp. Inst. fr. Vindob. 6*). Aehnlich gestattete der Prätor bei Noxalklagen, wenn der Beklagte den schuldigen Sklaven preisgab, sofort dem Kläger, jenen in Besitz zu nehmen. Mit Rücksicht hierauf hieß es daher: *invitus nemo cogitur rem* (*s. servum*) *defendere* (*fr. 156. pr. D. de R. J., fr. 29. 33. D. de noxal. actt. 9, 4*).[58]

b) Wenn Beklagter im Termine vor dem *Judex* ohne Entschuldigung außen blieb (*judicium desertum s. eremodicium: fr. 31. § 2. D. de negot. gest. 3, 5; fr. 7. § 12. D. de minor. 4, 4*), so ging der Richter einfach auf Grund der klägerischen Ausführung vor, Beklagter verlor seine Exceptionen und ward verurtheilt, wenn Klägers einseitige Beweisführung ausreichend schien (*l. 13. § 3. C. de judic. 3, 1*). „Die Wirkung gegen Dritte fällt bei einem Contumacialerkenntniß ganz weg.“[59]

§ 263] Zu 3) Der normale Erfolg des Processes war, daß, wenn Beklagter verurtheilt (bez. *confessus* oder durch Eid überführt oder auch *in jure praesens* doch widerspenstig*) war, er gutwillig dem Judicat nachkam und die schuldige Summe (*pecuniaria condemnatio!*) leistete; natürlich geschah das aber nicht immer, und Klägern mußte dann die Füglichkeit einer zwangsweisen Durchsetzung gegeben werden. Im Legisactionenproceß (*sacramento, nexu*) war die Urtheilsvollstreckung oder Execution Privatsache des Klägers gewesen,** welcher dieserhalb unter Umständen zur *manus injectio* schritt; jetzt im Formularproceß, wo Nichterfüllung des Judicats als eine Widerspenstigkeit gegen den auf Grund prätorischer Instruction ergangenen richterlichen Leistungsbefehl erschien, unterzog sich der Prätor der Executionssorge; der Kläger hatte zu diesem Behufe die Execution (*executio judicati* war der wohl erst in der Kaiserzeit üblich werdende Ausdruck) zu beantragen (*postulare*), was in der Form der Klagerhebung (*actio judicati*) geschah,[60] aber diese Klage führte, wofern nicht etwa der Gegner, Verpflichtung zur Judicatsleistung in Abrede stellend, ausdrücklich (mit Gefahr der *poena dupli!*) darauf provocirte, nicht zu einem neuen Judicium (mit Formula), sondern Kläger erlangte *addictio debitoris* (prätorisches Decret: „*duci jubere*“ *sc. in carcerem: Cic. in Pison. 35; lex Rubr. c. 21. 22; Gell. 20, 1*), wenn die gesetzliche Frist verlaufen war.

Der *addictus* blieb freier Bürger, was schon darin ausgedrückt lag, daß der Addiction die Condemnationssumme ausdrücklich beigefügt ward (*lex Rubr. c. 21*); der *addictus* pflegte (aber brauchte nicht) die Schuld abzuarbeiten. Abwenden konnte der *condemnatus* die *addictio*, wenn er seine Zahlungsfähigkeit beschwor (*bonam copiam jurabat: Varro de L. L. 7, 105*).[61]

---

*) oben § 251. 252. **) s. oben § 148.

§ 264] Neben dieser Personalexecution stand aber seit der *lex Poetelia** dem siegreichen Kläger der Weg der Realexecution (*postulare, ut bona possidere liceat*: *Cic. pr. Quinct. 6, 19*) als besonderes Rechtsmittel offen: d. i. die *missio in possessionem* mit folgender *venditio bonorum*. Dieses Rechtsmittel, welches an die Stelle der eigenmächtigen Besitzergreifung der Güter im alten Recht trat, wurde im Prätor. Edict sorgfältig geregelt und eignete sich von selbst dazu, auch im Fall einer Mehrheit concurrirender Gläubiger angewendet zu werden (Concursproceß), denn durch die Oeffentlichkeit des ganzen Verfahrens war anderen Gläubigern Gelegenheit zu freiem Anschluß an das eingeleitete Verfahren des zuerst einschreitenden Gläubigers geboten (*non sibi, sed omnibus possidet*: *fr. 5. § 2. D. ut in possess. 36, 4*).

Vielleicht hatte der Prätor diese *missio in poss.* ursprünglich nur aushülfsweise, nämlich gegenüber dem *debitor latitans* oder *absens*, gewährt;[62] später gewährte er sie auch gegen den *praesens confessus* und *judicatus* als ein allgemeines Rechtsmittel, welches selbst mit der Personalexecution verbunden werden konnte (*lex Rubr. c. 22*). Das Verfahren war der sehr alten Einrichtung der Staatsexecution wegen Forderungen des Aerars nachgebildet, welche in Einweisung des *Quaestor*, *auctio bonorum sub hasta* und *addictio* an den auf Einzelverkauf der Masse speculirenden *sector bonorum*, bestand: s. g. *sectio bonorum* (*Cic. Phil. 2, 26—29; Gai. 4, 146; Fest. epit. v. Sectores*); die nachgebildete *bonorum venditio*, deren Einführung einem Prätor P. Rutilius (105 v. Chr.?) zugeschrieben ward, bewirkte ebenso wie ihr Vorbild, eine Universalsuccession, doch erhielt hierdurch der *emtor* nicht, wie der *sector*, quiritarisches, sondern nur prätorisches Eigenthum an der Masse (Gai. 3, 78. 80; 4, 35). Der bei diesem Verfahren beobachtete stufenweise Vorgang gewährte den Vortheil, im Falle der Schuldlosigkeit des Gegners (z. B. wenn derselbe *pupillus* oder *rei publicae causa absens* war), bei einer bloßen Sicherstellung des Klägers durch vorläufigen Besitz stehen zu bleiben.

§ 265] Der erste Schritt geschah durch das Decret des Prätor, welches dem oder den Gläubigern Besitzergreifung d. h. die Ergreifung von Maßregeln zur Beaufsichtigung und Wahrung der Güter gestattete; somit gewährte die *missio in possessionem* nicht juristischen Besitz und nicht einmal ausschließliche Detention, sondern nur eine Art Mitdetention (neben dem Schuldner), welche durch das *interd. ne vis fiat ei, qui in poss. missus est*, bez. eine *in factum actio* geschützt war, und dem Impetranten zunächst nur die künftige Befriedigung sichern sollte (daher *m. in poss. rei servandae causa*); unter Umständen bestellte der Prätor einen *curator bonorum*, wenn die Güter schleunige und eingreifende Verwaltungsmaßregeln forderten, und in späterer Zeit ward das ganze Besitzverhältniß als *pignus* (*praetorium*) bezeichnet. *Fr. 3. § 8. D. uti poss. (43, 11); fr. 3. § 23. D. de acq. poss. (41, 2); lex agrar.*

---

*) s. oben § 143.

v. J. 111 v. Chr.; *fr. 26. pr. D. de pign. act.* (*13, 7*); *tit. Cod. de praetorio pign. 8, 22.*

Der Immittirte erließ mittels öffentlichen Anschlags (*libelli*) eine Bekanntmachung, um alle etwaigen Interessenten (Mitgläubiger — Freunde des *obaeratus*) von der Vorbereitung der *bonorum venditio* in Kenntniß zu setzen, doch konnte trotzdem der Schuldner noch dieselbe durch Zahlung oder Streiteinlassung, ein Dritter durch Uebernahme der *defensio* abwehren, wozu ein Zeitraum von 30 (bei Concursen eines Verstorbenen nur 15) Tagen offen blieb (Gai. 3, 79).

Nach Verlauf dieser Frist traf den Insolventen (*decoctor*, *defraudator*) Infamie, und es wurde seiten der hierzu zusammenberufenen Gläubigerschaft zur Wahl des *magister bonorum* verschritten, welcher den Verkauf der Masse im Interesse der Gläubigerschaft und in Gemäßheit erhaltener Instruction (*lex bonorum vendendorum*) zu besorgen hatte; dieser im Wege öffentlicher Versteigerung (*auctio*) erfolgende Verkauf sollte innerhalb einer zweiten Monatsfrist (bei Erbschaftsconcursen nur 20 Tage) geschehen, so daß der Termin der *addictio bonorum* an den Meistbietenden jener alten 60tägigen Frist der *addictio debitoris* nach den XII Tafeln entsprach.* Zugeschlagen ward dem, welcher den Gläubigern Befriedigung zu dem höchsten Procentsatze anbot (*Cic. pr. Quinct. c. 15; Theophil. ad pr. J. de success. sublatis 3, 13*). Mit der *bonorum emtio* gingen die zugehörigen Forderungen und Schulden als *utiles actiones* auf und gegen den *emtor* über (Gai. 3, 81), und zwar so, daß derselbe entweder als Erbe des Gemeinschuldners fingirt (s. g. *actio Serviana*), oder als Procurator des Gemeinschuldners behandelt, d. h. in der Formel die *condemnatio*, statt auf den Gemeinschuldner selbst, nun auf die Person des *emtor* gestellt wurde (*actio Rutiliana*: Gai. 4, 35). Der *emtor* mußte sich gefallen lassen, daß die von ihm in Anspruch genommenen Schuldner ihre Gegenforderungen jeder Art vollständig in Abzug brachten (*emtor cum deductione agere debebat*), und wer von den Gläubigern privilegirte Forderungen hatte, konnte volle Befriedigung voraus vom *emtor* verlangen, so daß die den übrigen Gläubigern zu leistenden Procente nur nach Verhältniß des Masserestes bestimmt wurden (*Gai. 4, 65—8: fr. 17—24. D. de reb. auctor. jud. possidendis 42, 5*). Geschützt war der *emtor* gegen Angriffe des Gemeinschuldners und Dritter durch ein dem *interd. quorum bonorum* analoges possessorisches Interdict (Gai. 4, 144. 145). Für und gegen den Gemeinschuldner selbst waren fortan die directen Klagen kraftlos, doch konnten die Gläubiger ihn, wenn er wieder zu Vermögen kam, wegen des Restes von Neuem belangen (Gai. 2, 155).[63]

Literatur: 1) Huschke Gaius, Beitr. z. Kritik S. 171. — 2) Rudorff R. R. Gesch. II. § 27. v. Bethmann-Hollw. Civilproc. II. S. 7. Dazu Ihering Geist d. R. R. II. S. 508. — 3) v. Bethm.-Hollw. II. § 85. Anm. 1. — 4) Ders. II. S. 181. 189—192. — 5) Danz in Rudorff's Zeitschr. f. R. Gesch. VI. S. 352.

*) s. Excurse zu § 123—130. No. III. (S. 132).

6) v. Bethm.-Hollw. II. S. 94. 217. 393. 758—760. — 7) Ders. II. S. 18. Leist d. *Bon Possessio* I. S. 327 ff. u. Gesch. d. Röm. Rechtssysteme S. 26—28. 60. 83—91. — 8) Schirmer Ueb. die prätor. Judicialstipulationen (1853) S. 1—44. v. Bethm.-Hollw. II. S. 727—735. — 9) Ders. II. S. 735—739. Leist Gesch. d. Rechtssysteme S. 86—95. — 10) Ders. S. 90. v. Bethm.-Hollw. II. S. 740—745. 755. — 11) Ders. II. S. 11. 22. 33. 66—88. 91—102. — 12) Ders. II. S. 12. 24. 103—110. — 13) v. Keller Röm. Civilproc. § 6. Anm. 80. — 14) Rudorff II. § 8. Rein Röm. Privatr. S. 875. v. Bethm.-Hollw. II. S. 63. 198. Anm. 9. — 15) Ders. I. S. 142—148. 194. — 16) Ders. II. S. 167—169. — 17) Ders. II. S. 136. — 18) Puchta Curs. d. Inst. II. § 155. Rudorff II. § 13. Anm. 4. v. Bethm.-H. II. S. 205. 588. — 19) Ders. H. S. 35—37 — 20) Ders. II. S. 122—125. — 21) Ders. II. S. 489—493. v. Keller § 45. Rudorff II. § 3. — 22) Puchta II. § 159. — 23) v. Bethm.-H. II. S. 266. — 24) Ders. II. S. 305—308. 634. — 25) Ders. II. S. 308. 313. Ihering, Geist d. R. R. III. S. 60. — 26) Ders. III. S. 59. — 27) v. Savigny System V. § 218—220 u. Beilage XIII. Puchta Curs. d. Instit. II. § 165. v. Keller Civilproc. §. 88. Rudorff II. § 42. v. Bethm.-H. S. 275—286; dazu S. 210 Anm. 13. — 28) v. Keller § 28. 67. 88. a. E. Rudorff II. § 42. v. Bethm.-H. II. S. 226. 287—293. 659. — 29) Huschke Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIII. S. 326 ff. v. Keller § 41. Rudorff II. § 33. v. Bethm.-H. II. S. 223. 399. 504. — 30) Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht (1844) § 25—33. Dernburg Verhältn. d. *hereditatis petitio* z. den erbschaftl. Singularklagen (1852) S. 38 ff. v. Keller § 43. v. Bethm.-H. II. S. 400—404. — 31) Dernburg S. 44. Puchta § 171. v. Keller § 43. Bülow *De praejudicialibus exceptionibus* (Heidelb. 1863). — 32) Huschke Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIII. S. 318 ff. v. Keller § 34—36. Rudorff II. § 31. v. Bethm.-Hollw. II. S. 383—399. — 33) Ders. II. S. 406. v. Keller § 37. Rudorff II. § 32. — 34) s. jedoch Huschke *l. c.* S. 307 u. K. A. Schmidt *Cic. pr. Rosc. com.* (*Lips.* 1839) p. 29. — 35) s. jedoch v. Bethm.-H. II. S. 419 Anm. 59. — 36) Puchta Curs. d. Inst. I. § 156. Wetzell Civilproceß § 9—11. Bekker processualische Consumtion im class. R. R. S. 142—181. v. Keller § 52—54. Rudorff II. § 17. 18. 72. v. Bethm.-H. II. S. 416—421. 426—447. Krüger processualische Consumtion u. Rechtskraft d. Erkenntn. S. 86—92. — 37) Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IV. S. 71—87. v. Bethm.-H. II. S. 424. 430. 435. 440. 444. — 38) v. Keller § 68. Rudorff II. § 75. v. Bethm.-H. II. S. 451—454. 462 587. Anm. 8. — 39) Ders. II. S. 220. v. Keller § 44. Rudorff II. § 82. — 40) v. Keller *l. c.* No. 3. 5. — 41) Ders. § 44 a. E. v. Bethm.-H. II. S. 464. — 42) Rudorff Zeitschr. f. gesch. Rechtwiss. IV. S. 1—122. u. Röm. Rechtsgesch. II. § 63. 64. v. Keller § 46. 47. v. Bethm.-H. II. S. 196—200. — 43) Ders. S. 211—7. 245. 392. 550—4. v. Keller § 23. 50. — 44) v. Bethm.-H. S. 230—244. — 45) v. Savigny System VII. S. 6—39; v. Keller § 63. Rudorff II. § 66. v. Bethm.-H. II. S. 546 (von den Vorhergenannten theilweise abweichend) u. 557. — 46) v. Savigny System VII S. 48—84. Hartmann d. *Ordo Judiciorum* I. S. 105 ff. v. Keller § 64. Rudorff II. § 67. v. Bethm.-H. II. S. 572—583. — 47) v. Savigny System VI. S. 8 ff. Mayer d. Litiscontestation geschichtlich dargestellt (1830). Wächter Erörterungen aus dem Röm. etc. Privatrecht, 3. Heft (1846). v. Keller § 50. 59. v. Bethm.-Hollw. II. S. 215. 392. 455. 460. 478—483. — 48) Vergl. im Allgemeinen Keller Litiscontestation u. Urtheil (1827). Ders. Röm. Civilproceß § 60—62. v. Savigny System VI. S. 23—236. Buchka Lehre v. Einfluß d. Processes auf d. mater. Rechtsverhältniß (2 Thle. 1846. 1847). Römer d. Erlöschen d. kläger. Rechts nach d. Einleitung des Processes in seinem Verhältn. z. Endurtheil (1852). Bekker processual. Consumtion (1853). Krüger processual. Consumtion (1864). Rudorff II. § 78—81. v. Bethm.-H. II. S. 483—526. — 49) Ders. II. S. 363. 483. 515. — 50) v. Keller Civilpr. § 56. 57. Rudorff II. § 73. 74. v. Bethm.-H. S. 526—533. — 51) v. Keller § 66. Rud. § 76. v. Bethm.-H. II. S. 586—603. — 52) Kell. § 66. Rud. § 77. v. Bethm.-Hollw. II. S. 586—602. 607. 621—9. — 53) Kell. § 72. v. Bethm.-H. II. S. 636—658. — 54) Ders. S. 634. 635. — 55) Kell. § 58. Rud. § 84. v. Bethm.-Hollw.

S. 533—9. — 56) Kell. § 49 a. E. Rud. § 97. v. Bethm.-Hollw. S. 604. — 57) Ders. S. 227. 289. 367. — 58) Keller Semestr. I. § 4 u. Civilproc. § 65. Hartmann d. Röm. Contumacialverfahren (1851 § 13—19. Rud. II. § 95 v. Bethm.-H. II. S. 555—571. 775. — 59) Rud. § 96. v. Bethm.-H. S. 603—5. — 60) Ders. S. 634. 662. — 61) Ders. S. 656—667. Huschke Recht des Nexum S. 137 ff. — 62) Ders. S. 169. Dernburg d. *emtio bonorum* (1850) § 2. — 63) Ders. S. 108. 125. 139. 144. Huschke Recht d. Nexum S. 160. 181. 234. Hartmann Contumacialverfahren S. 35. 100. Keller § 83—85. Rudorff II. § 90. 93. v. Bethm.-H. II. S. 667—685. Karlowa Beiträge z. Gesch. d. Röm. Civilproc. (1865) S. 101—140.

Vierte Periode.

Von Augustus und Labeo bis auf Severus Alexander und Modestinus.

(ca. 1-250 n. Chr.)

XXVI. Kapitel.

I. Länder und Völker des Orbis Romanus.

§ 266] Nachdem Aegypten Röm. Provinz geworden, schien das die Hauptstadt umgebende Gefüge unterthäniger Provinzen geschlossen, Rom bildete den Mittelpunkt des geeinten civilisirten Erdkreises, und alle Werke des Friedens fanden hier um so sichrer ihren Centralpunkt, je weiter die Reichsperipherie hinausgerückt war. Nur nach der Donau hin im germanischen und pannonischen Norden gab es offene Stellen des Angriffs; hier eine Sicherheit für das Reich zu schaffen, war daher seit Augustus ein Hauptaugenmerk der Imperatoren;[1] Rom's Name, der Schrecken aller Völker, bildete hier fast die einzige Schutzwehr, und von hier aus drohte daher Rom die erste Gefahr, als die Energie seiner Bürger erschlaffte. Jahrhunderte lang waren die Germanen im Norden, wie die Parther im fernen Osten, die gefürchteten Reichsfeinde (*Ulp. in fr. 24. 27. D. de captiv. 49, 15: hostes, puta Germani et Parthi*).

Was im Laufe der vorigen Periode erobert und gewonnen worden, das galt es nun zum dauernden Besitzthum zu machen und demgemäß zu gestalten. So sind die ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit im Wesentlichen von der Aufgabe des Bewahrens und Erhaltens erfüllt; man wird es auf allen Gebieten des Lebens gewahr, daß die Zeit der schöpferischen Triebkraft vorüber ist; auch die neuen Provinzen, welche dem Reiche noch hinzugefügt wurden (außer den durch August eingerichteten: *Cappadocia* 17 n. Chr., *Numidia 39, Mauretania 42, Britannia 43,*

Thracia 46, *Pontus 63*, *Commagene 73*, *Arabia 105*, *Dacia 106*, *Armenia*, *Mesopotamia* und *Assyria 115*), sollten dasselbe nicht sowohl erweitern, als vielmehr sichern.[2] Was Alexander d. Gr. nach dem Maße seiner Zeit auf einen Augenblick erreicht zu haben schien, und was dem Pyrrhos bei seinem Feldzuge nach Italien dereinst vorgeschwebt hatte, das war jetzt in Augustus' Weltmonarchie dauernd hergestellt.

§ **267**] Je breiter die Basis des ungeheuren Völkerbauwerks war, an dessen Ausbau gearbeitet wurde, um so mehr mußte es Bedürfniß werden, die Spitze energisch zusammenzufassen: so erhielt sich die monarchische Tendenz nicht nur, sie befestigte sich immer mehr trotz allen gewaltsamen Wechsels der persönlichen Träger; das Imperatorenthum war ein sociales Institut, und die Erhabenheit der Imperatoren ward das religiöse Dogma einer Zeit, welche alles positiven Götterglaubens baar und losgerissen von lebendigen Nationaltraditionen den leeren Jupitersthron zu besetzen hatte. Es war nur die letzte und allgemeinste Consequenz der heidnischen Religionen, welche die Gottheit nach dem Menschen formten, daß schließlich selbst ein Mensch zum Gott erklärt ward. Schon unter Augustus begann das *jus sacrum* ein Monopol des Imperator zu werden; er bestimmte Ansehn und Geltung der Bücher, in denen Weissagungen und Deutungen von Wundererscheinungen enthalten waren; er entschied, wann in den Sibyllinischen Büchern zu forschen sei und gab selbst deren authentische Deutung. Caligula schon will seine Bildsäule im Tempel zu Jerusalem aufstellen; Domitian läßt sich gar zum Gott, Commodus (bescheidner) zum *Hercules* ernennen; allen Kaisern ward nach ihrem Ableben Divinität zugesprochen.

Im Glanze dieser neuen Sonne, die, je greller sie leuchtete, um so deutlicher den entfernten barbarischen Völkern war, verschwammen allmählich die Unterschiede Rom's und Italiens, Italiens und der Provinzen, der Römer und Griechen, der Barbaren und Halbbarbaren;[3] alles was neuen Datums war und sich im Gegensatz zu nationalrömischer Art zu entwickeln anfing, gruppirte sich um das Imperatorenthum wie um einen Krystallisationskern und gedieh, indem es dasselbe tragen und stützen half, zugleich unter seinem Schutze. Die Götter der Heiden waren die Genien der Nationalitäten: darum, als die Röm. Herrschaft die vielen verschiedenen Nationalitäten in ihren Umkreis aufnahm, mußte Rom sich auch den fremden Nationalculten erschließen, und durch die eindringenden Geister aller aufgenommenen Völker selbst umgewandelt, fand es im Kaisercultus den dem Geiste der Zeit angemessenen Ausdruck einer neuen Weltanschauung und einer neuen socialen Constellation. Wie einst der Jupiter Capitolinus in der Röm. Nation allgegenwärtig galt, so war jetzt der erhabene Imperator durch seine Beamten, seine Legionen und durch das Kaiserbild auf den allerwärts umlaufenden Reichsmünzen gegenwärtig im ganzen Reiche. Das Kaiserthum war Ausdruck und Unterpfand der Reichseinheit.

§ **268**] Die civilisirte Welt hatte bis dahin noch keine solche groß-

artige Ordnung des Verkehrslebens gesehen, wie sie jetzt im Frieden des Kaiserthums geschaffen und gesichert ward.* Augustus und Tiberius waren kräftige Imperatoren; in ganzen Ländern, z. B. in Spanien, begann die eigentliche Civilisation erst mit Augustus; die Herrscherreihe von Vespasian an bis Severus Alexander (69—235) enthält fast lauter tüchtige, zum Theil ausgezeichnete Regenten[4]: wir nehmen nur Domitian, Commodus, Caracalla und Heliogabalus aus, und bis auf die Zeit des Gallienus und der s. g. 30 Tyrannen (259) genoß das Reich im Großen und Ganzen einer Ruhe, die unerhört war; die Palastrevolutionen und Auflehnungen einzelner Legionen vermochten nicht, die gewonnene Stetigkeit und die kosmopolitische Feier des antiken Nachsommers zu stören.

Gleichsam als Symbol dieser Einheit und Ordnung des ungeheueren Ländergebiets stand mitten auf dem *Forum Romanum* jener von Augustus errichtete Meilenzeiger (*aureum miliarum*), von welchem aus alle Militärstraßen durch das ganze Gebiet sich erstreckten (*Dio C. 54, 8; Sueton. Aug. 30*), und mit diesem System der Reichsstraßen verband sich auf's Engste die neue und kunstreiche Ordnung der Reichsposten mit ihren *mutationes* und *mansiones* zum Wechsel der Eilboten, Pferde und Wagen und zur Wahl des Nachtlagers: zunächst für Staatszwecke errichtet, aber bald zu einem allgemeineneren Communicationsmittel ausgebildet, indem die Benutzung der Anstalt auch Privatleuten gestattet ward; auf diese Weise wurde z. B. der 150 geographische Meilen betragende Weg von Antiochien bis Konstantinopel in kaum 6 Tagen zurückgelegt (*Sueton. Aug. 49; Plut. Galb. 8; Plin. H. N. 2, 45; Liban. Orat. 22*). Die von Cäsar begonnene Reichsvermessung war von August vollendet worden; Agrippa's großes geographisches Werk (*Commentarii*), woraus Plinius mehrfach seine Ländermaße entnommen hat, war wohl großentheils auf diese Vermessung gegründet.[5]

§ 269] Alles das kam dem Handelsverkehr im Großen zu Statten; Rom selbst war keine eigentliche Handelsstadt, der Handelsbetrieb, selbst der größere, galt für Senatoren unanständig und kaum für Ritter zulässig, nur das große Bankiergeschäft war von der Ehrenrührigkeit ausgeschlossen (*Cic. de offic. 1, 42; Liv. 23, 63*); wer Handelsgeschäfte im Großen treiben wollte, ließ sich in den Provinzen nieder. Auch, je mehr die Bewohnerschaft Italiens sich dem Luxus im großen Styl ergab, um so weniger konnte dieses productiv seyn (*Tacit. Annal. 3, 53. 54. Plin. H. N. 11, 97*), und um so mehr machte jene sich wirthschaftlich abhängig vom Auslande und erwartete von den Provincialen die gewerbsmäßige Zufuhr des riesenhaften Bedarfs. Rom's Verkehr mit der Fremde war fast ausschließlich Passivhandel;[6] von hervorragender Wichtigkeit erwiesen sich in dieser Beziehung für Rom das cisalpinische Gallien, Spanien und Sicilien, Rom's Vorrathskammer; Griechenland und Asien lieferten großentheils nur Luxussachen, Marmor und Lecker-

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. I.

bissen; Alexandrien aber war der Hauptstapelplatz für arabische und indische Waaren (*Strabo 16. p. 781; 17. p. 798. 818. Dio. 51, 18*). So ward die Betriebsamkeit der Provinzialen eine Quelle des Wohlstandes für viele außeritalische Städte, und die Provinzen empfingen die Summen zurück, welche sie ihrer Gebieterin als Tribut zu zahlen hatten.[7]

Die civilisirte Welt gewann durch das Zusammenströmen fremder Händler aus allen Weltgegenden eine Um- und Uebersicht in der Länder- und Völkerkunde, wie sie bis dahin überhaupt unmöglich gewesen war, und griechische Literaten wußten, wie Strabo beweist, das in der Metropole gesammelte geographische Material wissenschaftlich zu behandeln. Die Entdeckungsreise des Aelius Gallus begann einiges Licht über das Innere Arabiens zu verbreiten, und der Zug des Gaius Caesar, des Adoptivsohns August's, in den Orient i. J. 1. veranlaßte die Beschreibungen jener Länderstriche durch den Geographen Dionysios und den König Juba;[8] die Wanderung Hadrian's durch alle Haupttheile seines Reiches zeigt uns nicht bloß den ämsigen und humanen Regenten, sondern auch die Ausbreitung des geflochtenen Culturnetzes, von welchem die vielgliederige Ländermasse umspannt ward. Man kann in der That von einem blühenden Zustand der (meisten) Provinzen während des 1. u. 2. Jahrh. n. Chr. reden; der Nutzen der Ordnung überwog den Druck der Steuerlast.

§ **270**] Der republikanische Sinn, welcher das Gemeinwesen im einzelnen Bürger lebendig und zu einem Stück seines eigenen Wesens machte, war in rascher Abnahme begriffen. „In demselben Maß, wie die Theilnahme am öffentlichen Leben schwand, wandte sich der Römer den Privatverhältnissen zu, und hier machte sich nun ein Egoismus geltend, dessen Ziel ein allseitiges Genußleben war. Diese Richtung war um so gefährlicher, da schon ein paar Jahrhunderte die alten Röm. Tugenden untergraben und das Leben auf eine Weise umgestaltet hatten, daß endlich die Bürgerkriege mit ihren Folgen ihm allen moralischen Halt nehmen konnten. Das Verderben hatte alle Classen und Stände der Römer durchdrungen: wer die Zeiten des Nero nicht kennt, möchte schon zu Anfang der Monarchie die sittliche Entartung auf der höchsten Stufe wähnen.“[9]

Wo aber der Gemeinsinn der Einzelnen nicht mehr wachte, mußten die Organe des Staats sich der öffentlichen Interessen annehmen: so bildete sich in Rom ein sorgfältiges Polizeiwesen aus, um die Sicherheit, Ruhe und Ordnung des äußeren Zusammenlebens präventiv und correctionell zu garantiren; die durch Augustus zunächst für die Stadt Rom organisirte Straßen-, Feuer-, Gewässer- und Baupolizei[10] konnte allen Städten Italiens und der Provinzen zum Muster dienen, und Rom's Beispiel war immer von Einfluß bis in die fernsten Gegenden.

§ **271**] Alle diese Einrichtungen nahmen die Finanzen des Staats gewaltig in Anspruch, aber anderseits wuchs das Staatseinkommen beträchtlich durch Vermehrung der Zölle, eifrigeren Betrieb der Berg-

werke und allgemeine Vervollkommnung des Finanzwesens,[11] wodurch mehr als bisher verhütet wurde, daß die Staatspächter (*Publicani*) sich auf Kosten des Staatsschatzes bereicherten. So war die Staatsausgabe und Einnahme seit dem Untergange der Republik fortwährend im Steigen; zur Zeit Vespasians nahm die Erhaltung der Staatsmaschine, nach der eigenen Angabe dieses Kaisers, die Summe von 200 Millionen Thaler in Anspruch (*Suet. Vespas. 16*).

Mit dem Wachsthum des öffentlichen Budgets hielt das Steigen des Privatreichthums der vornehmen Römer Schritt. Tiberius sammelte im Laufe seiner Regierung die Summe von 135 Millionen Thlr. (*Suet. Calig. 37*); bei *Plin. H. N. 33, 11* lesen wir, daß ein gewisser Isidorus 4116 Sklaven, 3600 Joch Ochsen, 257,000 Schafe und über 5 Millionen Thaler baar hinterließ (vergl. auch *Dio 48, 36; 16, 34; Seneca de benef. 2, 27; Tac. Annal. 13, 42; 12, 53*); die seit Augustus Mode werdenden Prachtbauten vieler Privaten und verschwenderische Liebhabereien aller Art, die uns erzählt werden, geben Zeugniß von dem colossalen Maßstab, nach welchem damals Wohlhabenheit und Reichthum gemessen wurden. Das gesellige Leben belud sich mit massenhaften Bedürfnissen und überreizte sich in verfeinerten Gewohnheiten; zahllose neue wirthschaftliche Berufszweige thaten sich auf, und die Bestrebungen eines bald eleganten, bald massiven Materialismus flochten ein wundersames Netzwerk egoistischer Interessen um den *Orbis Romanus*. Die Natur und die Menschheit schienen nichts mehr zu leisten, was nicht dem reichen Römer völlig und jederzeit zu Gebote stand: die politische Weltherrschaft erwieß sich in der Kaiserzeit zugleich als eine ökonomische Universalmacht

Zu den gefährlichsten Luxuserscheinungen der neuen Zeit gehörte die Bildung von Latifundien in Italien; infolge der zahlreichen Proscriptionen und Aussendungen von Militärcolonien gerieth der kleine Grundbesitz in ungewöhnliche Bewegung, reiche Speculanten legten ihr Geld in zusammengekauften Ländereien an, und der Landwirthschaftsbetrieb mit Sklavenmassen richtete sich in das entsprechende System ein, welches dann schwer einzuschränken und nicht mehr zu beseitigen war (*Senec. de benef. 7, 10; Epist. 95; Plin. H. N. 33, 10*). Der eingeborne freie Landmann verschwand, und zwischen den künstlichen Wein- und Oelpflanzungen begannen weite Einöden sich zu bilden.[12]

§ 272] Auf dem Marsfelde zu Rom erwuchs durch Augustus aus Tempeln, Hallen und anderen öffentlichen Gebäuden für Staatszwecke und zur Belustigung des Volks eine neue Stadt von Prachtwerken, und der Imperator konnte sich rühmen, eine Ziegelstadt habe er vorgefunden und eine Marmorstadt verlasse er (*Suet. Aug. 29*). Auf der Grundlage der Baukunst schien auch die Sculptur und Malerei zu neuem Leben zu erwachen. In allen Städten des weiten Reichs erhoben sich Tempel, Hallen, Wasserleitungen, Bäder, Amphitheater und Brücken, die Zeit unter Hadrian und den Antoninen erschien Vielen eine Erneuerung, ja Steigerung der Herrlichkeiten der classischen Antike, welche nun nicht

mehr auf eine Anzahl kleinbürgerlicher Gemeinwesen beschränkt waren. Der mit kosmopolitischen Motiven erfüllte künstlerische Genius von Hellas stellte sich dem weltbeherrschenden Volke und einem glanzsüchtigen Geschlechte zur Verfügung, und was an idealem Schwunge abging, ward durch die Fülle der Mittel und Großartigkeit der Dimensionen zu ersetzen gesucht.[13] Der Sinn für schöne Behaglichkeit verbreitete sich über alle Städte und in die meisten Häuser, unter Rom's Schutz ward die griechische Kunst eine Errungenschaft für alle friedlichen Völker, und selbst auf die benachbarten Barbaren schäumte der Ueberfluß an geschmackvollen Erzeugnissen der Kunstgewerbe hinüber.

§ **273**] Auch die Literatur war bisher bei den Römern nur wie ein Luxusgarten gewesen: jetzt, wo aller Luxus gedieh, und der Sinn für die Raffinements des geistigen und körperlichen Lebens allgemein ward, entfaltete sich, unterstützt durch den Anwachs reichhaltiger Bücherschätze in der Hauptstadt, die poetische und rhetorische, historiographische und philosophische, agronomische und militärische Literatur zum breiten und vollen Strome. Die griechische Sprache war schon längst eines der wichtigsten allgemeinen Verkehrsmittel, und jeder gebildete Römer, Gallier, Spanier ging direct oder indirect bei Homer in die Schule (Sabinus in *fr. 1. D. de contr. emt. 18, 1*); jetzt machte sich daneben auch die Sprache Latium's zum allgemeinen Organ der Mittheilung (*Plin. H. N. 3, 6*); mit der Kraft des Ausdrucks, welche namentlich von den großen Meistern der Jurisprudenz pietätvoll bewahrt wurde, verband sich die dem Hellenismus abgelauschte Feinheit, Geschmeidigkeit und Fülle der Diction. Zur Landessprache erhob sich die lateinische Sprache allerdings nur in den westlichen Provinzen, aber verstanden ward sie am Euphrat und Nil.* In den Edicten und Rescripten der Principes ward je nach Bedürfniß der Länder die lateinische und griechische Sprache angewendet.[14]

„In demselben Grade, wie der Röm. Patriotismus sank, trat der nationale Karakter in den Schriftwerken zurück; das Principat verlieh der Röm. Literatur, wie dem Röm. Volke, einen universellen Typus;" da nun Beredtsamkeit und Geschichtschreibung nur vom Patriotismus genährt gedeihen, so sehen wir diese, die unter Cäsar und Augustus in voller Blüte standen, gar bald im raschen Verfall; „die historische Wahrheit ward in der Zeitgeschichte durch das Geheimhalten der Senatsbeschlüsse verkümmert (*Suet. Aug. 36; Dio. 53, 19*), und der Unbefangenheit stand die Rücksicht auf die Principes im Wege (*Tac. Ann. 4, 34; Hist. 1, 1; Suet. Tiber. 61; Dio 57, 24*). Dagegen ward jetzt der Dichtkunst ihre volle Ehre und oft reichlicher Lohn; am üppigsten erblühte unter den Sonnenstrahlen des Hellenismus, welcher sich besonders in der Alexandrinischen Schule organisirte, die Lyrik; das eigenthümlichste Gewächs des Röm. Geistes aber ist die Satire: das Inter-

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. II.

esse an den sarkastischen Zeitschilderungen mußte den Mangel einer volksthümlichen Comödie ausgleichen. Das Drama ging seit August seinem Verfall entgegen; seine Stelle nahm gleichsam der Pantomimus ein, dessen erste Ausbildung unter Augustus fiel; er kam der Lüsternheit der Zeit willig entgegen (*Tac. Ann. 14, 21; Dio 54, 17*) und artete im Laufe der nächsten Jahrhunderte in ein solches Schandspiel aus, daß in nichts so, wie hier, die bodenlose Sittenverwilderung der Zeit zu Tage trat (*Zosim. 1, 6*).

Von den philosophischen Schulen waren es die stoische und die epicurische, welche die meisten Anhänger unter den Römern zählte; die erstere war die dem Röm. Nationalgeist angemessenste, und daß die letztere vorzuwalten begann, beweist, wie dünn das ächte Römerblut geworden, welches in dem vergrößerten Körper der Bürgerschaft floß.[15]

§ 274] Das Römerthum hatte sich im Laufe eines Jahrhunderts völlig umgestaltet, die Römer waren nicht bloß in ihren Anschauungen, sondern auch in ihren Volksbestandtheilen ein Weltvolk geworden; in den Comitien stimmten Männer, die von Abstammung Gallier, Hispanier, Afrikaner, Orientalen waren; der Ritterstand und selbst der Senat recrutirte sich indirect aus Hellenen und anderen Peregrinen; die Fruchtbarkeit der altröm. Familien schwand in der Ehe- und Zuchtlosigkeit der Zeit, und der Luxus der Massenfreilassungen bevölkerte Italien mit gesinnungslosen Emporkömmlingen und anspruchsvollen Proletariern. „Die meisten Inschriften von Grabmälern, die wir haben, sind vom Ende des 1. bis in die Mitte des 3. Jahrh., auf allen aber ist das Andenken der Freigelassenen vorherrschend: auf Einen Ingenuus kommen vielleicht zehn Freigelassene.“[16]

In allen Theilen des Reichs wurden auswandernde Römer ansässig und vermehrten den Rapport der Provinzen mit Italien (s. oben § 269); um dem Proletariat einen Abzug zu eröffnen, wurden namentlich seit Cäsar Colonien außerhalb Italiens gegründet; die verpflanzten Bürger (oft ganze Veteranenlegionen) verschmolzen allmählich mit den Landeseinwohnern und förderten die universalistische Entwicklung des Römerthums. Solche Uebersiedlungen wurden durch Augustus namentlich in Hispanien und Afrika bewirkt (z. B. massenhaft im Jahre 15 v. Chr.: *Dio Cass. 54, 23; Monum. Ancyr. p. 176. l. 34*), und das hellenisirte Asien erfüllte sich im Laufe der ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit mit Röm. Pflanzstädten.[17]

Die Röm. Ansiedler hatten nicht bloß die provinziale Bodensteuer zu zahlen, sondern blieben, wie sie immer noch zu ihrer ursprünglichen Tribus gerechnet wurden und in dieser zu Rom stimmen konnten, so auch dem quiritarischen Census unterworfen. So ist erklärlich, daß, obwohl über Entvölkerung Italiens geklagt wurde, doch der Reichscensus eine hohe Bürgerzahl auswieß. Der republikanische Census hatte immer nur die Bürger auf italischem Boden umfaßt, seit Augustus wurde die Zahl sämmtlicher Bürger im Reiche beim Lustrum zu Rom

verkündigt; es ergab sich zu seiner Zeit die Summe von über 4 Millionen streitbarer Bürger (*Juniores*), wonach — da diese nach gewöhnlicher Rechnung ungefähr den 4. Theil der gesammten Zahl bürgerlicher Köpfe ausmachten — etwa 17 Millionen im Ganzen anzunehmen sind (*Mon. Ancyr. p. 173*; *Euseb. Arm. ed. Ven. 1818. p. 257; Dio 53, 1; Suet. Aug. 27*).[18] Auf Grund des unter Claudius (i. J. 45 n. Chr.) abgehaltenen Census, welcher fast 7 Millionen streitbarer Bürger ergab, berechnete Gibbon (c. 2.) die Gesammtzahl der Bürger nebst Familien auf 20 Millionen Köpfe.

Schwieriger ist es, die Bevölkerungsziffer sämmtlicher (auch der peregrinischen) Reichseinwohner zu berechnen. Nach Gibbon soll zur Zeit des Claudius die freie Provinzialbevölkerung (außer den Bürgern) sich auf 40 Millionen, die Zahl der sämmtlichen Sklaven auf 60 Millionen gestellt haben, wonach die Gesammtzahl von 120 Millionen Reichseinwohnern herauskommen würde.[19] Nach anderen Berechnungen war das Röm. Reich vor Trajan 103—109,000 Quadratmeilen groß, und zählte mindestens 88—97 Millionen Bewohner. Die Einwohnerzahl der Stadt Rom allein mag etwa 1½ Millionen Köpfe betragen haben.[20]

§ 275] Der naturwüchsige Proceß ständischer Gliederung konnte in solchen Zeiten alternden Volksthums nicht mehr gedeihen; Nivellirung machte sich auch hier geltend; der alte am Ende der Republik auf 50 Familien zusammengeschmolzene Patricierstand wurde zwar wegen der patricischen Priesterwürden von den Kaisern durch Hinzuwahlen ergänzt, blieb aber ein mattes Glied am Gesellschaftskörper und erlosch endlich in Constantin's Zeit völlig (*Dion. 1, 85; Dio 52, 42; Tac. Ann. 11, 25; Gell. 10, 20*). Selbst die Magistratur, welche in der vorigen Periode eine Quelle neuer Ständebildung gewesen, konnte bei ihrer jetzigen Kraftlosigkeit nicht mehr dasselbe wirken.* Es war vornehmlich der Unterschied von Reich und Arm, welcher maßgebend ward, aber es liegt in der Natur der Verhältnisse, daß dieser Unterschied stets fließend ist und daher keine stehenden socialen Ordnungen im Gefolge haben kann.

Die Standesunterschiede wurden allmählich Rangstufen; dies gilt auch von dem Stand der Senatoren, welcher seit Augustus besonders begünstigt noch am meisten dazu angethan schien, einen selbständigen, dem alten nationalen Patricierthum oder der Nobilität analogen, socialen Körper darzustellen. Durch Sanctionirung und Erhöhung der persönlichen Vorrechte und Abzeichen hob sich der Senatorenstand ab von der Volksmasse; durch Feststellung des hohen Senatorencensus von 1 Million Sesterzen wurde der *Ordo senatorius*, unter welchem in der Republik nur der Senat selbst verstanden worden, zu einem eigentlichen Stand: dem Senat stand die Cognition über die Capitalsachen der Senatoren, ihrer Frauen und Kinder zu (*Dio 52, 31. 32; Suet. Calig. 2*), und die Söhne, welche in der Republik noch dem Rit-

---

*) s. oben § 159.

terstande beigezählt wurden, nahmen nun Theil an der senatorischen Dignität ihrer Väter; ja zu Ulpian's Zeit wurde diese Dignität auf die entfernteren Nachkommen im Mannsstamm erstreckt (*fr. 10. D. de senator. 1, 9*), so daß nun der Rang sich zu einem Geburtsstand und Erbadel umzugestalten anfing.

Zwischen den Senatoren und dem gemeinen Volke der Handwerker und Handarbeiter, denen wegen der concurrirenden Sklavenarbeit jeder standesmäßige Aufschwung versagt war, blieb der *Ordo equester* derer, welche mit altritterlicher Herkunft den Rittercensus von 400,000 Sesterzen verbanden, ein ausgezeichneter Theil der Gesellschaft; sein Verhältniß zum Militärwesen war aber verändert, denn die Ritter bildeten nicht mehr die Reiterei der Legionen, sondern es wurden zum Theil aus ihnen nur die Anführerstellen im Heer besetzt; innerhalb dieses Standes erhielten sich als ein Elitecorps die vom Kaiser mit einem Staatsroß Beliehenen (*trossuli*), deren Vorrechte jedoch auf leerem Prunk beruhten. Außerdem werden noch als eine ausgezeichnete Classe reicher Bürger die *tribuni aerarii* genannt, welche das *tributum* zu erheben und den Sold zu zahlen hatten und in Bezug hierauf den Publicanen ähnlich standen.[21]

§ **276**] Nur in Einem Punkte werden wir einen neuen Ansatz socialer Bildungen gewahr, welche nicht bloße Machwerke der Kaiser waren, sondern auf der breiten Basis neu sich bildender allgemeiner Lebensverhältnisse beruhten: das ist der Militärstand.* Ursprünglich war das Militär die Röm. Bürgerschaft, jeder Vollbürger Soldat, und nur der Bürger Soldat im vollen Sinn gewesen. Allmählich löste sich nun der Militärstand des Reichs von der Bürgerschaft, indem 1) die nach längerem ununterbrochenen Waffendienst ehrenvoll Entlassenen (*Veterani*) mit mancherlei Privilegien ausgestattet wurden, und 2) viele Nichtbürger, endlich selbst Barbaren (*Dio 71, 11; Zosim. 1, 46*) in den Waffendienst des Reiches traten. Unter dem Schutze des jungen Kaiserthums bildete sich das Militär zu einem neuen Bürgerthum neben, ja über dem Römerthum aus, die stehenden Truppenkörper der Legionen wurden zu einem Volk im Volk, zu einem Staat im Staat, die stehenden Heerlager (*castra*) zu eigenen Reichsstädten, welche oft das Ansehn der Röm. Metropole gefährdeten.[22] Nicht auf den entsendeten Colonien, sondern auf diesen Standlagern der Legionen beruhte fortan die militärische Sicherheit der Provinzen und Reichsgrenzen, und ihre Bedeutung für des Reiches Bestand und Ordnung gab dem Soldatenstande ein Selbstbewußtseyn, welches den Imperatoren immer neue Rücksichten abzwang, und wohl mehr als alles Andere dazu beitrug, das System der alten nationalröm. Anschauungen und Einrichtungen zu lockern und zu durchbrechen. Wir erblicken jetzt schon die Anfänge jener Rechtsentwicklung, durch welche in der nachclassischen

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. III.

Zeit das *jus militum* sich zu einem selbständigen und ausgezeichneten System neben dem gemeinen Recht der Privaten erhob.*

§ 277] Mit dem Geiste germanischer und orientalischer Völker, welcher so in den Röm. Militärstand einzog, wurden zugleich die Mittel allmählich ausgebildet, deren das Kaiserthum sich bedienen mußte, um die zerbröckelnde Volkskraft des Reichs** durch eine bureaukratische Maschinerie zu ersetzen. Ein despotischer Schematismus ward zur Nothwendigkeit, und die Disciplin des kaiserlichen Militärwesens bot die einzigen dafür brauchbaren Formen dar; als nach dem Zeitalter der Antonine, diesem merkwürdigen „*tempus aureum*“ der alten Welt, insbesondere seit Caracalla und Macrinus, die von den Germanen und den Parthern den Frieden erkauften, der allgemeine Verfall in hundert Symptomen zu Tage trat, schien das Reich nur noch in den Formen der ausgebildeten Militärmonarchie Zuflucht finden zu können: es war freilich wie die letzte Zuflucht im kalten Grabgewölbe. Das Christenthum, welches unter diesen Zuckungen des classischen Heidenthums Boden gewonnen hatte und bereits im 3. Jahrhundert seines Bestehens der Herrschaft nahe war, kam für die alten Griechen und Römer zu spät, um ihr Staatswesen zu verjüngen; aber es gehört zu den großen Verdiensten des Röm. Kaiserthums, daß unter seiner Schutzordnung die jungen Kräfte der christlichen Kirche reifen konnten. Während unter demselben Schutze des Reichsfriedens das antike Heidenthum sich zu seiner letzten Großthat, der Ausbildung der classischen Jurisprudenz, sammelte, brachten begabte Geister der Kirche das Evangelium in diejenigen Denkformen, wodurch sein Uebergang in das lebendige Besitzthum der jugendkräftigen germanischen Völker vorbereitet und erleichtert ward.

Literatur: 1) Hoeck, Röm. Gesch. v. Verfall d. Republik bis z. Vollendung d. Monarchie unter Constantin (Braunschw.' 1841—1850) I. 1. S. 384. — 2) Marquardt Röm. Alterth. III. 1. S. 238. — 3) Hoeck I. 2. S. 259. v. Wietersheim Gesch. d. Völkerwanderung (Leipz. 1859. 1860) I. S. 52 ff. — 5) Marquardt III. I. S. 303—5. Hoeck I. 1. S. 386. I. 2. S. 262—4. 394. Voigt das *jus natur*. und *gentium* d. Röm. II. S. 459. — 6) Hoeck I. 2. S. 274. 289. Voigt II. S. 549—602. — 7) Hoeck I. 2. S. 290. Walter Röm. Rechtsgesch. I. § 345. — 8) Hoeck I. 2. S. 48. 359. — 9) Ders. I. 2. S. 333. — 10) Ders. I. 2. S. 145—8. — 11) v. Wietersheim I. S. 65 ff. — 12) Hoeck I. 2. S. 125—8. — 13) Burckhardt d. Zeit Constantin's d. Gr. (Basel 1853) S. 305. — 14) W. A. Schmidt Gesch. d. Denk- und Glaubensfreiheit im 1. Jahrh. d. Kaiserherrschaft (Berl. 1847) S. 109. 122. 151. Hoeck I. 2. S. 269. Rudorff Röm. R.-Gesch. I. § 55. S. 133 u. § 58. Anm. 5. Mommsen Röm. Gesch. II. S. 417. — 15) Drumann Röm. Gesch. IV. (1838) S. 299. W. A Schmidt S. 213. 223. 231. 325 ff. 351. 404. Hoeck I. 2. S. 341 ff. I. 3. S. 187. — 16) Niebuhr Vorträge üb. Röm. Gesch. (*ed. Isler* 1848) III. S. 273. Hoeck I. 2. S. 284. 310. Mommsen II. S. 416. — 17) Hoeck I. 2. S. 125. 226. — 18) Ders. I. 1. S. 323. I. 2. S. 129. 410. — 19) s. Neues schweizer. Museum, Zeitschr. f. d. humanist. Studien (Bern 1861) 1. Jahrg. S. 39. — 20) v. Wietersheim I. S. 169 ff. 243 ff. — 21) Walter I. § 254. 280. 356. 357. Hoeck I. 1. S. 322. I. 2. S. 329. §. 3. S. 284. Marquardt II. 3. S. 218—223. — 22)

---

*) s. unten Kap. 29 u. 30, sowie Theil III.

**) s. Excurse zu diesem Kapitel No. IV.

Ders. I. 1. S. 380. I. 2. S. 174. 179. 215. Walter I. § 343. *Lamarre De la milice Romaine* (Par. 1863) p. 391. Marquardt Alterth. III. 1. S. 385 ff.

XXVII. Kapitel.

II. Reichsverfassung.

I. Rom.

§ 278] **1. Der Princeps.** Alle Formen der republikanischen Verfassung waren durch die Bürgerkriege hindurch bewahrt worden; Augustus ließ sie bestehen, indem er es verstand, sie mit monarchischem Inhalt zu erfüllen: alle folgenden Kaiser blieben auf derselben Bahn. So wurde der Staat allmählich zu einer beschränkten Monarchie umgeschaffen; beschränkt war sie namentlich durch die legitime (freilich meistens matte) Autorität des Senats und durch die usurpatorischen (oft sehr energischen) Eingriffe der Prätorianer und Legionen.

Die Herrschaft des Augustus war nicht eine absolute Neuheit, sondern im Grunde die Fortsetzung der Abnormitäten in dem letzten Jahrhundert der Republik; er schuf, indem er sie klug verband, aus ihnen ein System und ward so der Erbe der Republik und der Gewalthaber des Reichs. Was Augustus — scherzweise unter Freunden — angedeutet hatte, wenn er sagte, er habe zwei schwer zu behandelnde Töchter, denen er manches nachsehen müsse, den Staat und die Julia (*Macrob. Sat. 2, 5*), das trat immer deutlicher hervor und ward in den Provinzen am leichtesten acceptirt; die Magistrate der Republik waren wie deren Söhne gewesen, der Kaiser behandelte den Staat wie sein Kind. Maecian (*fr. 9. D. de lege Rhod. 14, 2*) theilt eine an Marc Aurel gerichtete Bittschrift mit, worin dieser *Κύριε βασιλεῦ* (*Domine Imperator*) angeredet ward, und worauf der Kaiser antwortete, indem er sich *τοῦ κόσμου κύριος* (*Mundi dominus*) nannte; Callistratus (*fr. 19. D. de interd. 48, 22*) sagte: *est Princeps pater patriae,* ein Titel, welchen die Kaiser meistens einige Zeit nach ihrem Regierungsantritt annahmen (*Suet. Vesp. 12; Spartian. Hadr. 6*). Der Titel *Rex* zwar ward gemieden, aber die Senatsconsulte, wodurch den Kaisern ihre Gewalt übertragen ward, hießen später *leges regiae* (*Tac. Hist. 1, 47; 2, 55; Gai. 1, 5*), und Rom erhielt die Bezeichnung als *regia urbs* (*Modestin in fr. 5. § 11. D. de excus. 27, 1; l. 11. C. de bon. proscr. 9, 49; l. 6. C. de adopt. 8, 47*). In dieser Weise ward dem Staatsbau gleichsam nur ein Giebel hinzugefügt, aber der neue Baustyl desselben setzte den allmählichen Umbau des Ganzen voraus.

§ 279] Zwei Hauptausgangspunkte des neuen Kaiserthums lassen sich in der complicirten Combination des Augustus herausheben: das *imperium proconsulare* und die *tribunicia potestas;* man könnte in jenem den Beitrag der Provinzialwelt, in dieser denjenigen Rom's oder Italiens zum Kaiserthum finden. Augustus zählte von der Annahme der *trib. pot.* (23 v. Chr.), welche ihm „jene Heiligkeit und unbeschränkte Einwirkung, deren jede monarchische Verfassung bedarf,“

gewährte, die Jahre seiner Regierung (*Tac. Ann. 3, 56; Dio C. 53, 17*), und die folgenden Kaiser bis auf Constantin d. Gr. behielten diese Art, ihre Regierungsjahre zu zählen. Die *censoria potestas* (nebst der *praefectura morum: Suet. Oct. 27*) und der *pontificatus maximus* verbanden sich von Augustus an jederzeit mit der Kaiserwürde.

Zwei Titel aber waren es, welche die neue Stellung nach ihren zwei Hauptseiten hin sachlich ausdrückten: als *Princeps* (*sc. Senatus*) stand der Herrscher an der Spitze des Senats, der ihm zugleich in der Regierung assistirte (*Tac. Ann. 1, 9; Dio C. 53, 1; 57, 8*), und als *Imperator* (in der Form eines Praenomen) hatte er den permanenten Oberbefehl über die Reichstruppen, verbunden mit dem Scheine einer außerordentlichen die Verfassung überragenden Machtvollkommenheit (*Capitolin. Macrin. 6*). Endlich die Titel Augustus und Cäsar sollten dem Principat den Nimbus göttlicher Ordnung und den Hauch dynastischer Succession verleihen (*Dio 53, 16; Vegetius 2, 5*): das waren Ehren-, nicht Berufstitel, aber sehr karakteristische, welche in der Folge eine große Rolle spielten. *Imperator* (*Empereur*) und Cäsar (Kaiser) sind die von der Nachwelt hervorgehobenen Bezeichnungen, *Princeps* aber die in jener Zeit selbst als zutreffendster Ausdruck der Berufsstellung festgehaltene Bezeichnung: Jahrhunderte lang bewegte sich die vornehmste Verfassungsfrage um das Verhältniß zwischen dem Princeps und dem Senat.[1]

§ **280**] In Gemäßheit dieses aufstrebenden Principats erfolgte eine allgemeine Verschiebung der Hauptorgane des Staatswesens: gleichwie der Princeps gewissermaßen an die Stelle der hohen Magistratur der Republik trat, so der Senat an die Stelle der Comitien, und das neue kaiserliche Consilium an die Stelle des alten Senats. Weder die Comitien noch die bisherigen Magistrate, noch weniger der Senat und das Aerarium der Republik wurden abgeschafft, aber ihre Bedeutung schwand oder wandelte sich, indem der Princeps theils seine eigene ziemlich incommensurable Machtfülle, theils das System der kaiserlichen Präfecten und Procuratoren, sein besonderes Consilium und seinen Fiscus daneben stellte.

In der Entwicklung des Fiscus[2] und dem Verhältniß desselben zum Aerarium erblicken wir den Kampf der Monarchie mit der Republik von der wirthschaftlichen Seite; wie im Aerarium* eine Gemeinde, eine Republik zum ökonomischen Selbstbewußtseyn gelangt, so ist die Fiscalsphäre der ökonomische Spiegel und Gradmesser der aufsteigenden Alleinherrschaft gewesen. Der *Fiscus Principis* trat anfänglich in der bescheidenen Form eines Hausvermögens auf und unterschied sich als solches streng vom *aerarium populi s. publicum*, welches im *templum Saturni et Opis* aufbewahrt wurde, formell unter Senatsaufsicht stand, von Prätoren (*praet. aerarii*), Präfecten (*praef. aerarii*), eine Zeit lang auch von Quaestoren verwaltet wurde und vorzugsweise auf

*) s. oben § 122. 192.

der Reichssteuer,* den Abgaben der senatorischen (bloß dieser?) Provinzen und vieler Gewerbe, den Zöllen und Caducitätserträgnissen und der *vicesima manumissionum* fundirt war, sowie vom *aerarium militare*, welches von besonderen Präfecten (*praef. aerarii milit.*) verwaltet wurde und u. A. aus der Erbschaftssteuer (*vicesima hereditatum et legatorum* Römischer Bürger) seine Nahrung zog.

Der Fiscus, gebildet aus dem Privatvermögen der Vorgänger, Erbschaften und Ehrengeschenken, sowie den Einkünften der kaiserlichen Provinzen(?), wuchs rasch an Bedeutung und begann nach und nach mit den öffentlichen Interessen so zu verwachsen, daß er auch als *aerarium privatum* bezeichnet wurde; innerhalb des Fiscalgebiets wurde noch ein Privatvermögen des Princeps im engern Sinn unterschieden, aber ohne strenge Festhaltung der Grenzen und bis auf Septim. Severus ohne eigene selbständige Verwaltung; das System der fiscalischen Beamten (*Procurator a rationibus* an der Spitze, *Rationales*, *Actores*) und Bureaux (*stationes*) mit ihren *tabularii, librarii, arcarii* und *exactores* wurde mit Vorliebe ausgebildet. Bald griff der Fiscus über, indem einzelne Aerarialeinkünfte, wie die confiscirten Güter der Geißeln und der verurtheilten Staatsverbrecher, sowie die *caduca* dem Fiscus zugetheilt wurden (*fr. 31. D. de jure fisci 49, 14; Ulp. 17, 2*); namentlich geschah es nach Hadrian, daß immer mehr reine Staatseinkünfte zu Gunsten des Fiscus dem Aerar entzogen wurden; zwar blieb die Verwaltung des *aerarium Saturni* und des Fiscus getrennt, noch Ulpian (*fragm. 28, 7; 17, 2*) und Paulus (*Sent. Rec. 5, 12*) unterschieden beide, desgleichen Dio Cassius (53, 22), dessen Geschichte bis 229 n. Chr. reicht, spricht von beiden Cassen; allein seitdem unter den Severen der Unterschied der kaiserlichen und senatorischen Provinzen aufgehört hatte, floß der Ertrag sämmtlicher Provinzen in den Fiscus, sank das Aerar zur Bedeutung der Römischen Stadtcasse (*arca publica*) herab (*Vopisc. Aurel. 20*), die Ausdrücke *Aerarium* und *Fiscus* vermischten sich, wie wir das in den Digesten Justinian's sehen (z. B. *fr. 13. § 1—4; fr. 15. § 4. D. de jure fisc. 49, 14*), und es ward nun das reine Privatvermögen der Kaiser (*patrimonium Principis, ratio Caesaris*) auch in der Verwaltung davon getrennt.

§ 281] **2. Die Comitien.**[3] a) Die zur Formalität herabgesunkenen Curiatcomitien** wurden zu Anfang der Kaiserzeit noch benutzt, wenn Plebejer in den Patricierstand erhoben werden sollten: so ließ Augustus sich hierzu durch eine *lex Saenia* ermächtigen, womit dann die formelle *allectio* in den Curiatcomitien verbunden wurde (*Tac. Ann. 11, 25*); wie spätere Kaiser die Cooptation bewirkten, ist ungewiß; die Arrogation, namentlich die des Thronfolgers seiten kinderloser Principes (z. B. die des Tiberius, Nero), dürfte die letzte Anwendung der Curiatcomitien gewesen seyn, denn erst durch Diocletian ward ein anderer Arrogationsmodus gegeben, doch ist nicht nachzuweisen, ob bis

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. IV. **) s. oben § 163.

dahin die Curien, bez. die 30 *lictores curiati* zusammengekommen sind.[4]

b) Auch die Centuriat- und Tributcomitien ließ Augustus fortbestehen, doch nahm er den Bürgern der Colonien und Municipien (mit Ausnahme der Decurionen derselben) das ihnen factisch doch werthlose Stimmrecht (*Suet. Aug. 46*). Die Centuriatcomitien scheinen gleichfalls auf den *Campus Martius* verlegt und durch Beseitigung der Classenabstimmung, welche mit dem Aufhören des republikanischen Census ihre Grundlage verloren hatte, den Tributcomitien so angenähert worden zu seyn, daß nur noch gewisse Formalitäten, z. B. Opfer und Auspicien, sie unterschieden.

Der Rest der Volksgerichtsbarkeit ging schon unter Augustus auf die Gerichtshöfe über. Da seit Wegfall der eigentlichen Censur keine *lex centuriata de potestate censoria* mehr zu geben war, und Augustus das Kriegsrecht für sich aus dem Imperatorenamte ableitete, so beschränkte sich die Competenz der Centuriatcomitien fortan auf Magistratswahlen, doch wirkten auf diese schon Cäsar und Augustus durch ihre solennen Empfehlungen maßgebend ein, und seit Tiberius hatte der Senat, unter kaiserlichem Einfluß, die zu bezeichnen, welche in den Comitien gewählt werden sollten, so daß diese Wahl nichts weiter als eine formelle Bestätigung war („*Tum primum e Campo Comitia ad patres translata*“: *Tac. Ann. 1, 16. 81; Dio Cass. 59, 9. 20; Vell. 2, 124; Plin. Paneg. 64*), und die Abstimmung selbst zuletzt eine einfache Acclamation wurde (*Vop. Tac. 7*). In solcher Weise fanden die Wahlcomitien noch im 3. Jahrhundert statt; spätestens im Anfange des 4. Jahrh. erlosch auch dieser Rest (*Dio C. 58, 20; Modest. in fr. 1. D. de leg. Jul. amb. 48, 14; Amm. Marcellin. 14, 6*). — Auch die legislative Competenz der Tributcomitien erlag bald unter dem zunehmenden Drucke der kaiserlichen Autorität, indem Augustus und seine Nachfolger das Recht, Frieden und Verträge zu schließen, aus dem Imperatorenamt ableiteten, andere Anordnungen zu treffen, z. B. die Civität an Latinen und Peregrinen zu ertheilen, kraft des *proconsulare imperium* sich erlaubten und häufig die eigentlich die Comitialbeschlüsse nur vorbereitenden Senatsconsulte als definitive Gesetzgebungsacte behandelten. Da überdies der Princeps kraft seiner *tribunicia potestas* ein allgemeines Veto gegenüber gesetzgeberischen Versuchen der Comitien hatte und durch Senatsbeschluß wiederholt von Gesetzen dispensirt wurde (*Dio C. 53, 18. 28; Lex de imp. Vesp.* und *fr. 31. D. de leg. 1, 3*), so war es nur noch eine höfliche Formalität, wenn, was nach Augustus immer seltner geschah, der Princeps neue Gesetze von den Tributcomitien bestätigen ließ; bereits im zweiten Jahrhundert wurde nicht gezweifelt, daß Edicte des Princeps die Kraft von Gesetzen hätten (*Gai. 1, 5; Dio C. 52, 15; 54, 10*), und man gründete dieses Recht des Princeps auf die seit Vespasian feststehende *lex regia de imperio*, durch welche alle Gewalten dem neuen Regenten immer auf ein Mal übertragen wurden, und auf welche noch 5 Jahrhunderte später

Justinian sich berief, (*Tac. hist. 4, 3. 6; fr. 1. pr. D. de const. princ. 1, 4; l. 1. § 7. C. de vet. jure enucl. 1, 17*). — Länger erhielt sich, wenigstens dem Scheine nach, die Wahlcompetenz der Tributcomitien mit Ausnahme der Priesterwahlen, welche auf den Princeps als Oberpontifex übergingen (*Plin. Ep. 10, 8; Dio C. 53, 17*); der Verfall jener Competenz erfolgte in derselben Weise, wie der der Centuriatcomitien.

§ 282] **3. Der Senat und das Consilium Principis.**[5] Der Senat, infolge der Eingriffe Cäsars tief herabgedrückt, wurde von Augustus mit neuem Ansehn ausgestattet und durch neue Befestigung seiner Formen gleichsam rehabilitirt; so wurde er die republikanische Hauptstütze der jungen Monarchie, die nur allmählich geschickt ward, sich auf die eignen Füße zu stellen. Oft wurde die Autorität des Senats von einzelnen Kaisern verletzt, aber sie behauptete sich im formellen Recht, und wo ihr die äußere Gewalt nicht Abbruch that, trat sie immer kraft eignen und alten Rechts hervor.

Der Senat erscheint demnach jetzt als Träger der Staatssouveränetät; „die Kaiser dieser Periode herrschen rechtlich nur durch den Senat und in der Form, daß der Senat ihre Handlungen vertritt und bestätigt. War somit gleich die Freiheit und Kraft des Senats durch den Einfluß einer außer ihm stehenden, auf Soldaten sich stützenden Gewalt beschränkt und gefesselt, so war doch der Umfang seiner rechtlichen Befugnisse im Vergleich zu den Zeiten der Republik bedeutend erweitert.* Neben den Geschäften der Verwaltung der äußeren und inneren Angelegenheiten, die er unter denjenigen Kaisern, welche sich an die Formen der Verfassung hielten, fortwährend versah, namentlich den Verhandlungen mit fremden Gesandten, der Verwaltung der senatorischen Provinzen, der außerordentlichen Ernennung von Provinzialstatthaltern und besonderen Commissionen, welche vorher durch die Tributcomitien erfolgten (z. B. „*legati ex Senatusconsulto et ex auctoritate Caesaris*“: *Gruter. thes. inscr. p. 457*), dem Bewilligen des Triumphes, der Sorge für den Cultus und der Aufsicht über die Finanzen (Aerar), erhielt er nunmehr auch die höchsten Rechte des Volkes: die Wahl der Magistrate, die Gesetzgebung und die höchste Gerichtsbarkeit.“** „Es ist hinzuzufügen, daß alle Aemter, Würden und Befugnisse, in welchen sich die Gewalt des Kaisers selbst concentrirte, demselben ebenfalls durch den Senat übertragen wurden, daß dieser die *Acta Principis* durch seinen Schwur darauf anerkennt und rechtlich befugt ist, den Kaiser sowohl zu ernennen (*Tac. Hist. 1, 12; Suet. Calig. 14; Lamprid. Alex. Sev. 1, 2; Capitol. Max. duo. 15—26*), als wieder abzusetzen (*nomen Caesaris, imperium abrogare*: *Spartian. Did. Julian. 8; Lamprid. Heliogab. 13*). Nur das Recht, Krieg und Frieden zu beschließen, konnte, weil das Heer unmittelbar unter dem Kaiser stand, nur ausnahmsweise vom Senat geübt werden, es kam aber unbestritten demselben zu“ (*Dio C. 60, 23; 68, 9*).[6]

---

*) s. oben § 108. 109 und 169.

**) s. oben § 281.

§ 283] Die **Organisation** des Senats anlangend, so führte Augustus die zuletzt bis auf 1000 angewachsene Senatorenzahl (in mehrmaliger kraft der *potestas censoria* vollzogener *lectio senatus*) auf 600 zurück (*Dio C. 54, 13*); seitdem blieb die Aufnahme in den Senat (*album senatorum*) vom kaiserlichen Willen abhängig, und von Claudius und Vespasian an kam die Zulassung angesehener Männer aus den Municipien, Colonien und Provinzen immer häufiger vor (*Suet. Vesp. 9; Lamprid. Heliog. 6*); nicht selten wurden selbst Libertinen aufgenommen, nicht selten mißliebige Personen willkürlich ausgestoßen (*Suet. Claud. 24; Tac. Ann. 4, 42; Dio C. 67, 13*). *Senatores peregrini* mußten in Italien ansässig werden (*Plin. Ep. 6, 19*).

Als *aetas senatoria* galt jetzt das für die Quaestur vorgeschriebene Alter von 25 Jahren (*Dio C. 52, 20*); Bedingung des Eintritts war der von Augustus schließlich festgesetzte (und seitdem beibehaltene?) Census von 1 Million Sesterzen (*Tac. Ann. 1, 75; 2, 37*). Regelmäßige Sitzungen fanden monatlich an den Kalenden und Iden statt (*Senatus legitimus*), außerordentliche Sitzungen waren besonders anzusagen (*Senatus indictus: Capitol. Gord. tr. 11*). Als beschlußfähiger Senat galt in der Regel die Anwesenheit von 400, in gewissen Fällen eine geringere Anzahl, und später mit dem Verfall des Senatsansehns sank die beschlußfähige Zahl auf 70, zuletzt auf 50 (*Lamprid. Alex. Sev. 16; l. 9. Cod. Theod. 6, 4*). — Zur Berufung des Senats waren außer dem Princeps (kraft seiner *tribunicia potestas*) noch jetzt die Consuln und Prätoren befugt; außer dem Vorsitzführenden hatten nur die Principes das Recht, Gegenstände zum Vortrag zu bringen (*jus relationis*, ἐξήγησις), was sie aber meistens nur in der Form ausübten, daß sie ihren als Rede ausgearbeiteten Vortrag im Senat durch einen ihrer Quaestoren vorlesen ließen (*Oratio Principis in Senatu recitata**, *s. epistola in S. lecta: Dio C. 55, 16; 60, 2; Tac. Ann. 16, 27; Spartian. Hadr. 3; fr. un. § 4. D. de off. quaest. 1, 13*).[7]

Die Sitzungen fanden nicht mehr, wie zur Zeit der Republik, in der (zerstörten) *Curia Hostilia*, sondern (in der *Curia Julia?*) in verschiedenen Tempeln, namentlich des Forum oder des Capitols, z. B. im Tempel der Concordia (noch im 3. Jahrhundert geradezu *Curia* genannt), später auch im Athenaeum statt; zugelassen war zu ihnen auch die *juventus senatoria*. Die Protokolle, unter Cäsar veröffentlicht, von Augustus wieder geheim gehalten (*Suet. Oct. 34*), wurden von Schreibern, in geheimen Sitzungen von Senatoren selbst, geführt und von den Quästoren im Archiv (Aerarium) bewahrt (*Dio C. 54, 36*): Diese *Acta Senatus* bildeten nebst den *Acta populi s. diurna*** die Hauptquelle für die Geschichtschreiber der Kaiserzeit.

§ 284. Die Thätigkeit des Senats in den meisten und wichtigsten Fällen von der kaiserlichen Initiative abhängig gemacht, bestand oft in nichts Weiterem, als einer devoten Acclamation zu den mitgetheilten

---

*) s. unten Kap. XXVIII. **) s. oben § 180 a. E.

Entschlüssen des Princeps (*Dio C. 69, 7; 72, 20*). Außerdem aber entzog dem Senat einen Theil seines Einflusses das von Augustus ihm zur Seite gesetzte *Consilium Principis*, ein Cabinetsrath zur Vorberathung der wichtigeren administrativen Einrichtungen; es wurde von Augustus zuerst aus 20 Senatoren (*Consiliarii Augusti*) gebildet und war daher ein engerer Senatsausschuß (*Dio C. 56, 28; 60, 4; Suet. Nero 15; Plin. Panegyr. 88*), von welchem die Sachen dann noch an das Plenum gelangten.

„Allein bald änderte sich dies Verhältniß dahin, daß die eigentlich wichtigen Regierungsmaßregeln als *arcana imperii* nur in dem Consilium berathen, nicht an den Senat gebracht wurden, und daß auch Nichtsenatoren, namentlich Ritter, in das Consilium eintraten, wodurch dieser Cabinetsrath aufhörte, ein Ausschuß des Senats zu seyn, und von demselben sich gänzlich löste, bis endlich unter Hadrian (*Spart. Hadr. 22*) die ganze Legislation und richterliche Thätigkeit des Senats auf das Consilium überging. Die Personen, welche außer den Senatoren Mitglieder dieses Consiliums waren, nahm der Kaiser aus seiner persönlichen Umgebung“ [8] („*amici et familiares*“: *Suet. Tib. 35*; „*amici et comites Augusti*“, woraus später die *Comitiva primi, secundi et tertii ordinis* hervorging: *Senec. de benef. 6, 33. 34; Veget. 2, 9; l. 1. C. de comitib. rei mil. 12, 12*; „*Amici*“ bedeutete im Allgemeinen Hoffähigkeit); seit Hadrian wurden auch Rechtsgelehrte zugezogen, und noch später der *Praefectus praetorio* mit dem stellvertretenden Vorsitz betraut; Spartian (*Hadr. 18*) erzählt von Hadrian: *Quum judicaret, in consilio habuit non amicos suos aut comites solum, sed jurisconsultos, et praecipue Jul. Celsum, Salv. Julianum, Nerat. Priscum aliosque, quos tamen Senatus omnes probasset.* (Vergl. *Dio C. 72, 9; 76, 17; Capitolin. M. Anton. 11. 22; Lamprid. Commod. 5.* und *Alex. Sev. 15. 16*). Seitdem war der Senat nur noch ein Schattenbild seiner ehemaligen Macht, obschon sich seine Competenz bis auf Constantin erhielt.

§ 285] **4. Die alte und die neue Magistratur.** Das System der republikanischen Magistratur [9] wurde weder durch Augustus, noch durch seine Nachfolger abgeschafft; ihre Titel wurden, insoweit sie nicht schon in den letzten Zeiten der Republik erloschen waren (z. B. Censur), fortgeführt, aber indem ihnen der Einfluß genommen und nur der Glanz gelassen wurde, sanken sie großentheils zu leeren Namen herunter, welche höchstens noch ein Rangverhältniß ausdrückten, und starben allmählich ab in demselben Maße, als das neue System der kaiserlichen Magistratur daneben aufblühte und die monarchische Machtvollkommenheit des Princeps den Staatswillen centralisirte. Insoweit der alten Magistratur bedeutungsvolle Functionen verblieben, machte sich doch der Einfluß des Princeps dadurch geltend, daß derselbe sich das Vorschlags- und Empfehlungsrecht den Comitien, bez. dem Senat gegenüber sicherte (s. oben § 281), und folglich die *professio* und *petitio* nicht mehr beim Wahlpräsidenten, sondern beim Princeps geschah. Alles dies zeigte sich in deutlichstem Maße am Consulat, welches auch

jetzt noch als die höchste Staffel des republikanischen Aemtersystems galt und daher ganz besonders mit dem Glanze äußerer Attribute ausgestattet blieb.

Das Consulat, welches auch der Princeps selbst nicht selten für kurze Zeit übernahm, wurde künstlich vervielfältigt 1) durch Beschränkung der Amtsführung auf 2 Monate, so daß nun das Jahr nach dem Anfangsconsulat (*consules ordinarii*) benannt wurde, und darauf gewöhnlich fünf weitere Consulpaare (*coss. suffecti s. minores*) folgten; 2) durch beliebige Ertheilung der *ornamenta consularia* an Titularconsuln, welche, wenn sie nicht durch den Senat, sondern durch den Princeps selbst geschah und so zum Eintritt in den Senat berechtigte, *allectio inter consulares* hieß. Alle wurden dann als *Consulares* (ὑπατικοί) bezeichnet und bildeten im Senat sowohl als im Beamtenthum eine gewisse Rangclasse, (*dignitas consularis*, später *consularitas*), welche zuletzt sogar erblich zu werden anfing. Seitdem die Einrichtung des Ergänzungsconsulats üblich zu seyn aufhörte, unterschied man bloß noch *consules ordinarii* und *honorarii* (*l. 66. C. de decurion. 10, 31*). Außer einer beschränkten Jurisdiction (*Tac. Ann. 13, 4; Gell. 13, 24; Dio C. 69, 7*) verblieb den amtirenden Consuln nur der Vorsitz im Senat, zuletzt nur die Leitung der Freilassungen, welche alljährlich beim ersten Amtsantritt vorgenommen wurden (*Ammian. Marcell. 22, 7; Ulp. in fr. 1. D. de off. cons. 1, 10*).

§ **286**] In ähnlicher Weise erschienen auch die Würden des Prätor, Aedilen, Quaestor und Volkstribunen immer mehr nur als senatorische Rangclassen, deren Recht beliebig verliehen wurde (*Praetorii*, *Aedilicii* u. s. w.). Die amtirenden Aedilen behielten, nachdem ihre Jurisdiction den Prätoren und ein Theil ihrer Polizeigewalt den kaiserlichen Präfecten zugewiesen worden war, zuletzt nur noch die Straßen- und Markt-, Bücher- und Luxuspolizei (*Dio C. 49, 43; 56, 27; 59, 12*); man unterschied noch *Aediles curules*, *plebis* und *cereales*; allein nach Alex. Severus, welcher gewesene Quaestoren sofort zur Prätur zuließ, scheint ihr Amt eingegangen zu seyn (*Dio C. 55, 24; Lamprid. Alex. Sev. 43*). — Auch die Volkstribunen bestanden fort, wurden aber in der Ausübung des Rechts der Intercession und Senatsberufung (dies zum letzten Male 218) von kaiserlicher Duldung abhängig (*Dio C. 60, 27*); noch unter Theodos. II. werden sie genannt (*l. 12. C. Theod. 2, 1.* und *l. 2. C. Theod. 4, 11*). — Die Quästoren, durchschnittlich jetzt wohl wieder nur 20 im Ganzen (? s. *Tac. Ann. 11, 22*), waren *urbani* (die Schatzmeister und besondere Unterbeamte der Consuln) oder *provinciarum* (in den Senatsprovinzen), und daneben ein besonderer Quaestor (*candidatus*) *Principis*, dessen Stelle später an Ansehn immer mehr zunahm und dann in der Constantinischen Verfassung eine hervorragende Rolle spielte. Die Quaestur blieb im Uebrigen die erste Stufe der Aemterscala (*fr. un. D. de off. quaest. 1, 13*).

Unter den Prätoren erhielten sich der *urbanus* und der *peregrinus* an erster Stelle, jener bis zum Untergange des weströmischen

Reichs (*Symm. Ep. 8, 71*), dieser bis auf Caracalla's Bürgerconstitution, beide mit beschränkter Civiljurisdiction (z. B. für Freiheitsprocesse, Freilassungen), ersterer auch mit dem Recht der Senatsberufung (*Dio C. 59, 24*). Die Criminalprätoren* büßten im Laufe der Zeit ihre Competenz ein, während für gewisse neuerdings wichtig werdende Jurisdictionszweige, z. B. Fideicommiß-, Fiscalsachen, neue Präturen geschaffen wurden: so gab es unter Augustus zuletzt 12 (*Tac. Ann. 1, 14*), zur Zeit der Antonine 18 Prätoren (*fr. 2. § 32. D. de O. J. 1, 2*), deren manche häufig auch für Verwaltungszwecke (Aerar, Spiele u. s. w.) verwendet wurden; unter ihnen scheint der von Anton. Philos. eingesetzte Prätor s. *Judex tutelaris* besonders wichtig geworden zu seyn (*Paul. S. R. 5, 16, 2; fragm. Vatic. § 244; fr. 6. § 13; fr. 9. D. de excus. 27, 1*); nur er und der Prätor *urbanus* sind wohl seit Constantin noch in reeller Function, alle übrigen zu Titularbeamten geworden (*l. 3. C. Theod. 3, 17; Lyd. de magistr. 2, 30*).

Die Unterbeamten (*Magistratus minores*,** jetzt *vigintiviri* genannt) anlangend, so erhielten sich die *triumviri capitales*, *triumviri monetales* und die *quatuorviri viarum curandarum* bis ins 3. Jahrhundert, die *decemviri litibus judicandis* bis zum Untergange des weström. Reichs (*Sidon. Apollinar. Epist. 1, 7; 2, 7*). Sie wurden aus den Rittern gewählt und galten als Vorstufe der Quästur; die Bezeichnung *vigintiviri* findet sich noch zu Ende des 2. Jahrhunderts (*Spartian. Did. Jul. 1*).

Da, wo außerordentliche Geschäfte zu erledigen waren, die Beamten dazu immer vom Kaiser selbst ernannt wurden, so kam jetzt die ehemalige Kategorie der *magistratus extraordinarii*† ganz in Wegfall.

§ **287**] Das System der neuen Behörden,[10] welches sich als Ausfluß des Principats entwickelte, mußte zunächst an der Seite des Principats anknüpfen, wo dieses seinen Schwerpunkt hatte, also am *Imperium proconsulare*: demgemäß erschienen die neuen Behörden — für welche auch neue Namen angewendet wurden (*Praefecti, Curatores* und *Procuratores*) — nicht als Civil-, sondern als Militärbeamte. Daß sie, als kaiserliche Diener, vom Kaiser, ohne Mitwirkung von Senat und Volk, ernannt und entlassen wurden, war selbstverständlich; es fehlte ihnen die Regel einer bestimmten Amtsdauer.

Unter den neuen kaiserlichen Behörden ragte anfänglich der *Praefectus Urbi* — wohl zu unterscheiden von dem auch jetzt noch für die kurze Dauer der *Feriae Latinae* alljährlich ernannten *Praefectus Urbis*, einem Schattenbilde des ehemaligen Stellvertreters der abwesenden Consuln — bedeutend hervor: als Befehlshaber der 5 *cohortes urbanae* hatte er zunächst die Ueberwachung der öffentlichen Ruhe der Hauptstadt, daher auch der Marktpolizei, der Wechsler, der Schauspiele und Gesellschaften (*collegia*), und unter sich den *Praefectus annonae*, *Praefectus vigilum*, *Magister census*, *Consularis aquarum* und die *Cura-*

---

*) s. Excurse zu Kapitel 31 (Criminalproceß).
**) s. oben § 105.
†) s. oben § 105.

tores der 14 Stadtregionen; außerdem erstreckte sich seine Competenz auf die Verhütung fremder nicht tolerirte Religionsculte (daher Stadtpräfecten oft bei den Röm. Christenverfolgungen erwähnt werden), sowie auf die Gerichtsbarkeit: in letzterer Beziehung ist hervorzuheben, daß er nicht bloß für die Hauptstadt, sondern *intra centesimum miliarium* (*4 regiones suburbicariae: Tuscien, Campanien, Picenum* und *Umbrien*) 1) erstinstanzliche Criminalbehörde in Sachen der öffentlichen Ruhe, ja seit Untergang der *Quaestiones perpetuae* in allen Criminalsachen (*fr. 1. § 1. D. de off. pr. u. 1, 12*), und 2) Appellationsinstanz über allen ihm untergeordneten Beamten, auch über dem Stadtprätor, den Quästoren und Volkstribunen in allen, auch civilen, Sachen wurde. Sein wichtigster Unterbeamter war der *Praefectus vigilum*, welcher als Befehlshaber der 7 *cohortes vigilum* in der Hauptstadt die Feuer- und Sicherheitspolizei nebst der Jurisdiction über Brandstiftung, Einbruch, Raub und Diebstahl hatte (*fr. 3. D. de off. pr. vig. 1, 15*).

§ **288**] Das Amt eines *Praefectus praetorio*, welches anfangs eigentlich nur ein militärisches Commando von ganz beschränkter (auf die Person des Princeps bezüglicher) Bedeutung war, nämlich den Oberbefehl der 9 prätorianischen Cohorten enthielt, gewann durch deren Concentrirung in Rom so an Einfluß, daß dieser Präfect bald zur ersten Person nach dem Princeps wurde, als dessen Stellvertreter in Regierungssachen er nun (namentlich seit Commodus: 180—192) oft erschien (*Tac. Ann. 4, 1. 2; Aurel. Victor. de Caes. 9; Dio C. 72, 9*). Insbesondere ging auf ihn die militärische Jurisdiction in Italien (*Zosim. 2, 32*) und, wohl seit Hadrian, auch die Ausübung der höchsten Civil- und Criminal-Jurisdiction bei Verhinderung des Princeps über; endlich fügte Alex. Severus hierzu das Recht, Verordnungen mit Gesetzeskraft zu erlassen (*l. 2. Cod. de off. pr. pr. 1, 26*). — Die Zahl der gleichzeitig amtirenden Präfecten schwankte unter den verschiedenen Kaisern zwischen 1 und 3; gewöhnlich scheinen es 2 gewesen zu seyn, die auf Lebenszeit ernannt zu werden pflegten (*Tac. Hist. 1, 46; 2, 92; Suet. Calig. 56; Lamprid. Alex. Sev. 19. 21*).

Außer diesen hervorragenden Dienstämtern wurden, namentlich schon durch Augustus (*Sueton. Octav. 37*), zu dessen Politik es überhaupt gehörte, durch Theilung neue Aemter von beschränkterem Umfange zu schaffen,[11] andere gegründet, welche etwa mit den oben (§ 286) genannten *vigintiviri* gleich rangirten, aber doch mehr dem kaiserlichen System angehörten: neben den schon angeführten Unterbeamten des *Praefectus urbi* sind noch zu nennen die *Curatores viarum, aquarum, cloacarum* und *operum publicorum*.

II. Italien.

§ **289**] 1. **Die Landverfassung.**[12] Rom ragt in dieser Periode noch hervor über Italien, obschon eine Neigung des Annäherns bald bemerkbar wird, da vor der emporsteigenden Macht des Princeps die

unter ihm befindlichen Abstufungen schwinden müssen. Aber diese Annäherung Rom's an Italien ist begleitet von einer Annäherung Italiens an die Provinzen: das Gepräge der Unterthanschaft beginnt das ganze weite Reich zu nivelliren. In diesem Sinn sind alle Einrichtungen zu verstehen, welche von den Kaisern ausgingen.

Die wichtigste und allgemeinste Einrichtung dieser Art ist, daß Augustus Italien in 12 Verwaltungsbezirke, nämlich Rom und 11 Regiones eintheilte, wodurch zunächst die neue, local geordnete Steuererhebung* erleichtert werden sollte; diese Regionen, an deren Spitze *Procuratores* standen, blieben bis auf Constantin die Grundlage der Organisation Italiens (*Plin. hist. nat. 3, 5. § 46* u. *65; 7, 49. § 164*), doch wissen wir nur wenig über die Einzelnheiten der italischen Verwaltung dieser Zeit. Nach einer Anordnung Hadrian's wurden je mehrere dieser Regionen unter einen Consularis gestellt, so daß es im Ganzen vier solcher Consulares gab, welche die höhere Gerichtsbarkeit für alle Civil-, Polizei- und Criminalsachen erhielten und außerdem über die Municipalbehörden die administrative (besonders wohl finanzielle) Oberaufsicht zu führen hatten (*Spartian. Hadr. 22*; *Capitolin. Anton. P. 2. 3; Appian. de bello civ. 1, 38*). Sie kamen wieder in Wegfall, als die *Praefecti Urbi* und *praetorio* die Criminaljurisdiction über den Stadtbezirk und das übrige Italien erhielten, und von Marc Aurel für die Civilrechtspflege eine Anzahl *Juridici* über je eine oder zwei Regionen eingesetzt wurden (*Capitolin. Anton. Phil. 11; Dio C. 78, 22*); letztere hatten alle Cognitionalsachen,** sowie die größeren Sachen des ordentlichen Gerichtsverfahrens (d. h. über 15,000 Sesterzen), und scheinen bis auf Diocletian fortbestanden zu haben (*Orelli Inscr. No. 3143*).

§ 290] **2. Das Städtewesen** Italiens[13] (mit Einschluß der *Gallia cis-* und *transpadana*) hatte sich, namentlich zuletzt auf der Grundlage der s. g. *lex Julia municipalis* (45 v. Chr.) über einen einheitlichen Typus formirt;† alle Hauptstädte der Stadtbezirke erschienen als ins Kleine gezogene, aber treu copirte Abbilder der Röm. Capitalverfassung, alle Gemeindebürger waren Römische Bürger, die Römische Sprache überall die officielle, und die Benennung der Behörden, die nicht mehr die ursprünglichen einheimischen waren, der neuen Einrichtung angepaßt. Die in der *lex Servilia* (*ed.* Klenze, p. 52) genannten *Oppida* sind in der *lex Julia municip.* specialisirt mit den Benennungen *municipia, coloniae* und *praefecturae;* die dort und in der *lex Rubria* daneben aufgeführten *fora, conciliabula, vici* und *castella* (vergl. *Paul. sent. rec. IV, 6. § 3*) waren Ortschaften zweiter Classe (*loci*), welche einem jener Hauptorte zugetheilt keine eigentliche Selbstverwaltung hatten.[14] Die Municipien und anderen Hauptstädte besaßen über den Umfang ihres Territoriums eine eigene Verleihungsurkunde (*Hygin. p. 118*).

Aber die Entsendung von *Praefecti juri dicundo* hörte auf, die spä-

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. IV. **) s. oben § 216.
†) s. oben § 174.

ter in kleinen Orten vorkommenden *Praefecti* sind wohl untergeordnete Stellvertreter der Magistrate des Hauptortes; zwischen *Coloniae* und *Municipia* (Gell. 16, 13) war in der Verfassung kein Unterschied mehr, dagegen in der Voranstellung der *Coloniae* nur ein gewisses Rangverhältniß angenommen, welches diesen vielleicht in den Provinzen Anwartschaft auf Privilegien gewährte. Wie schon vorher *municeps* (*fr. 1. D. ad municip. 50, 1*) und *municipalis*, so wurde *Municipium* seit dem 3. Jahrh. als allgemeine Bezeichnung für alle Arten von Städten mit selbständiger Röm Verfassung gebraucht (*fr. Vatic. § 191*).

Im Ganzen blieb die *lex Julia municipalis* die Grundlage der italischen Municipalverfassung, doch trat, entsprechend der monarchischen Umbildung Rom's,* allmählich die Bürgerversammlung in den Hintergrund, und die Ausübung der localen Wahl- und Gesetzgebungsrechte ging auf die engere, dem Röm. Senat entsprechende Gemeinderepräsentanz über, was zufolge einer *lex Petronia* (19 n. Chr.) geschehen seyn soll.[15] Die Bürgerschaft hieß *populus* oder *municipes*, oder, wenn mit Ausschluß der bevorzugten Stände (Decurionen und Augustalen), *plebs*. Andere am Orte Domicilirende hießen *incolae*: dieselben blieben Bürger ihres Heimatsorts, übernahmen aber die bürgerlichen Leistungen ihres Aufenthaltsortes (Gai. in *fr. 29. D. ad municip. 50, 1*).

§ **291**] Der Regierungskörper (*Senatus, Curia, Decuriones, Patres, Conscripti*) bestand aus einer im Fundationsstatut (*lex municipii*) bestimmten (gewöhnlich 100 betragenden) Zahl lebenslänglicher Mitglieder (daher auch *Centumviri* genannt), welche das 25. Lebensjahr zurückgelegt, einen Census (von 100,000 Sesterzen oder 1000 *aurei? Plin. Ep. 1, 19*) haben, von unanständigen Gewerben fern bleiben und Freigeborene seyn mußten; an die Stelle der *cooptatio* war, wie es scheint, durch die *lex Julia munic.* die *lectio per magistratum* getreten (*tab. Heracl. lin. 9*). Die Dignität der Decurionen ward mit auf deren Söhne erstreckt, und die hierdurch angebahnte Bildung eines Senatorenstandes (*ordo decurionum*) dadurch gefördert, daß infolge zunehmender Aemterscheu die Decurionen als solche verpflichtet galten, den Municipalämtern sich zu unterziehen und (nach der Zeit der Antonine) selbst für die Municipalabgaben einzustehen; zuletzt entwickelte sich die wirkliche Erblichkeit des Decurionats.[16]

Der neben diesem Stande genannte *ordo Augustalium* (*Petron. c. 30, 2; Orelli inscr. 1167. 4009. 4047*) scheint eine Art Mittelstand gewesen zu seyn, entsprechend dem Röm. Ritterstande und gebildet nach dem Vorbilde der *Sodales Augustales* zu Rom, unter einem *curator*, oder *praetores* oder *seviri* (*Augustales*) stehend: vielleicht die von oben her unterstützte und körperschaftlich organisirte Partei des Monarchismus. Auch dieser Stand wurde zuletzt erblich, verlor sich aber unter dem Einflusse des Christenthums.

Die regelmäßige, aus der Wahl der Curie hervorgehende, in der

---

*) s. § 280 a. A.

Regel jährige Municipalmagistratur waren die *IV viri*, und zwar *duoviri juri dicundo* (zuweilen auch *praetores*, aber nie *consules* genannt) und zwei *aediles* (für Bau- und andere Polizei); daneben meistens auch *quaestores* (Communalcasse) und oft *praefecti* (zur Vertretung der hauptstädtischen Magistrate in den zugehörigen Ortschaften). Nur die an der Spitze genannten *Duoviri* waren eigentliche *magistratus;* sie hatten die Jurisdiction, den Vorsitz in der Curie, sowie die Abhaltung des fünfjährlichen Census, und demgemäß hießen die *duoviri* des Censusjahres speciell *Quinquennales* (*Fest. ed. Müller p. 261; Spartian. Hadr. 19*).

Im 2. Jahrhundert bereitete sich allmählich eine größere Abhängigkeit der Municipien vor; dahin gehört, 1) daß etwa seit Trajan die Communalfinanzen (auch die öffentlichen Bauten und Grundstücke) nicht mehr durch Municipalbeamte, sondern durch vom Princeps ernannte *curatores reipublicae* (λογισταί) verwaltet wurden; Regel war, daß jede Stadt ihren *curator* erhielt (*fr. 18. § 9. D. de muner. 50, 4; fr. 3. § 1. D. de adm. rer. ad civ. pert. 50, 8; l. 3. C. de modo multar. 1, 54*); derselbe ist zu unterscheiden von den durch die Decurionen zu ernennenden Specialcuratoren, z. B. *curator aquae ducendae, annonae, operum publicorum;* 2) daß die Beschränkungen der Communaljurisdiction, welche anfangs durch die *lex Rubria* für *Gallia cisalpina* angeordnet worden, später[17] auf alle italischen Municipien übertragen wurden (s. § 289 a. E.).

III. Die Provinzen.

§ 292] **1. Die Provinzialverfassung.**[18] Auch für diese beginnt mit Augustus eine neue Zeit, zunächst dadurch, daß die Hand des Princeps, ihren gleichmäßigen Schutz über das ganze Reich verbreitend, der persönlichen Willkür der einzelnen Provinzialregenten eine verhältnißmäßig unparteiische Schranke zog und in Fällen außerordentlichen Nothstandes entsprechende Hülfen schuf (*Suet. Oct. 47; Tac. Ann. 2, 47; 4, 13*). Vermöge der *proconsularis potestas*, welche Augustus i. J. 23 v. Chr. sich für das gesammte Reich übertragen ließ, gestaltete sich das Principat zu einer obersten Reichsinstanz für alle Beschwerden gegen die Statthalter und deren Unterbehörden (*Suet. Oct. 33; Tac. Ann. 4, 6*).

Aber schon 4 Jahre zuvor (i. J. 27) hatte August eine völlige Reorganisation des Provinzialwesens dadurch begonnen, daß er von den 22 Provinzen die größere Hälfte, nämlich 12, zu besonderer Regierung ausschied, um sie dem kaiserlichen Einflusse direct zu unterstellen. Der hiermit gegebene neue Gegensatz von kaiserlichen und senatorischen Provinzen (*Provinciae Caesaris* und *Senatus et populi*) knüpfte in der Hauptsache an dem alten Gegensatze der proconsularischen und proprätorischen Provinzen an, denn diese ersteren waren die durch ein consularisches Heer zu schützenden gefahrvolleren Provinzen gewesen,

und Augustus wählte sich eben auch diejenigen aus, welche eine militärische Besatzung heischten und darum sich mehr auf den Imperator selbst angewiesen fanden. Es waren das meistens die durch ihre peripherische Lage besonders exponirten und mithin im Ganzen die jüngeren Provinzen; alle nach dem Jahre 27 erworbenen Provinzen wurden dann auch kaiserlich (*Suet. Oct. 47*; *Strabo XVII. p. 840; Dio C. 53, 12*).

Die Anzahl der kaiserlichen Provinzen erhöhte sich bis auf Trajan um das Dreifache, überragte also nun die der Senatsprovinzen bedeutend. So wurde das Verwaltungssystem der letzteren allmählich in den Hintergrund gedrängt; zeitweise übernahm der Kaiser selbst eine senatorische Provinz (*Tac. Ann. 1, 76; Dio C. 53, 14*). Dazu kam, daß die Volksunterschiede, mit denen die Provinzialgliederung ursprünglich zusammengehangen hatte, allmählich vor der Röm. und Griechischen Sitte und Sprache schwanden, und mit der Ausbildung der bureaukratischen Vielregiererei die kleineren Bezirke innerhalb der Provinzen wichtig wurden: was schließlich zu einer Theilung der Provinzen führte. So ist denn auch der Unterschied der kaiserlichen und senatorischen Provinzen nur bis in das 3. Jahrhundert nachweislich und jedenfalls im Anfang des 4. Jahrhunderts völlig erloschen.

§ **293**] Die Regierungsweise in den Senatsprovinzen, sowie ihre Unterscheidung in proconsularische und proprätorische erhielt sich, indem zwei, nämlich Asia und Africa, als proconsularische zu gelten fortfuhren. Die Statthalter wurden durch das Loos aus den Consularen und Prätoriern bestimmt und hießen ohne Unterschied *Proconsules* (*ἀνθύπατοι*, auch *σατράπαι*, *ἄρχοντες*), indem die Statthalter von Asia und Africa nur die Rangauszeichnung von 12 (statt 6) Lictoren hatten (*Suet. Oct. 47; Tac. Ann. 3, 58; Dio C. 53, 13. 14*). Da ihnen keine militärischen Aufgaben und Armeecommandos zufielen, so konnte Tacitus (*Ann. 1, 80*) die Senatsprovinzen, im Gegensatz zu den kaiserlichen, geradezu als *jurisdictiones* bezeichnen.

Die Kaiserprovinzen standen theils unter *Legati Augusti* (s. *Caesaris*, oder mit dem vollen Titel: *legatus Augusti pro praetore*, und danach abgekürzt bei Schriftstellern der späteren Zeit: *propraetor* oder bloß *praetor*; *πρεςβευτὴς καὶ ἀντιστράτηγος Σεβαστοῦ*), theils unter *Procuratores* (oder vollständiger: *Procurator et Praeses*, oder *Procurator vice Praesidis;* später kurz *Praeses*). 1) Die ersteren oder eigentlichen Provinzen waren solche, deren Organisation normal festgestellt und den übrigen Reichseinrichtungen angemessen war; ihre Regenten unterschieden sich im Range als *Legati consulares* und *praetorii*, je nachdem sie mehrere Legionen oder nur eine unter sich hatten, und danach auch *provinciae consulares* und *praetoriae* (*Capitolin. Ant. Phil. 22*). Zu Gehülfen hatten sie *Legati legionis* (Legionscommandanten) und *Procuratores* (Rechnungsführer, später *Rationales* genannt). 2) Die anderen oder uneigentlichen Provinzen waren solche, welche wegen ihres Ausnahmezustandes noch keine definitive Ordnung erhalten konnten, z. B. Thracien, Rhaetien, Judaea; ihre Regenten scheinen je nach

dem concreten Bedürfniß des Landes mit mehr oder weniger umfassenden Rechten ausgestattet, bez. auch einem benachbarten *Legatus Augusti* untergeordnet gewesen zu seyn (*Joseph. Ant. 18, 4, 2; Tac. Ann. 12, 54*).

Alle Statthalter (*Praesides provinciarum* im weitern Sinn) waren besoldet, die *Procuratores* mit 100,000 Sesterzen Gehalt hießen *centenarii* (*Dio C. 53, 15*), das *salarium proconsulare* für Africa beispielsweise betrug 250,000 Drachmen (= 1 Mill. Sest. = 62,500 Thlr: s. *Dio C. 78, 22*). Die *Proconsules* blieben regelmäßig nur ein Jahr im Amt, die *Legati Augusti* und *Procuratores* so lange, bis sie vom Kaiser abberufen wurden (*Tac. Ann. 1, 80; Dio C. 53, 13*).

§ **294**] **2. Das Städtewesen** in den Provinzen[19] gewährte ein Bild großer Mannigfaltigkeit. Die eigentliche Masse bildeten diejenigen Städte, welche die hauptsächliche Steuerlast der Provinz zu tragen hatten (daher *civitates stipendiariae: Serv. ad Aeneid. 3, 20*) und der allseitig wirksamen Autorität des *Praeses provinciae* unterstellt waren; dieser beaufsichtigte namentlich die Senatswahl, controlirte die Geldausgaben und übte die höhere Jurisdiction. Im Uebrigen hatte jede Stadt ihre einheimischen, von den Römern anerkannten Behörden.

Eine ausgezeichnete Stellung nahmen ein 1) die *civitates liberae* im weiteren Sinn, welche sämmtlich Autonomie, d. h. eigene Gesetze, unbeschränkte Civil- und Criminal-Jurisdiction und Freiheit von Grundsteuer besaßen und noch sonst mit Vorrechten verschiedener Art (*liberae immunes*) ausgestattet seyn konnten;* zu ihnen gehörten sehr viele Griechenstädte in Achaja, Asia, Africa, Sicilia, Macedonia, Cilicia, nur wenige Städte in den erst während der Kaiserzeit erworbenen Provinzen. Ueberhaupt ging das Bestreben dieser späteren Zeit dahin, den Unterschied bevorzugter Städte zu beseitigen und alle gleichmäßig von den kaiserlichen Behörden abhängig zu machen; in einer *Epistola Antonini Pii* werden ohne Rücksicht auf die Verfassung *civitates maximae s. metropoles gentium*, *majores* d. h. *quae habent forum causarum vel loca judiciorum*, und *minores* unterschieden (*fr. 6. § 2. D. de excus. 27, 1*); doch erhielten sich die „*civitates liberae*“ selbst nach Caracalla noch als eine besondere Classe, und hörten als solche erst nach Constantin ganz auf.

2) Die Städte Römischer Verfassung, nämlich die *Coloniae*, *Municipia* und *oppida juris Latii*. Es gab deren eine große Anzahl, indem wiederholt Röm. Veteranencolonien ausgeführt, viele einzelne Provinzialstädte, (z. B. in Numidien, Germanien), ja ganze Provinzen mit dem Röm. Bürgerrecht oder mit dem *jus Latii* beschenkt wurden. Gallia Transpadana hatte schon im Jahre 49 v. Chr. die Civität erhalten, Spanien erhielt von Vespasian, das nördliche Gallien von Hadrian die Latinität. — Die Verfassung dieser Städte entsprach im Allgemeinen derjenigen der italischen Colonien und Municipien (s. § 290), nur mit dem Unterschied, daß sie an der Steuerlast der Provinzen (Grundsteuer

*) s. Excurse zu § 161—176. No. IV (S. 177).

und *tributum*) mittrugen, und früher, als jene, der höheren Jurisdiction und Oberaufsicht der Statthalter unterstellt wurden.

Meistens waren die aus früherer Zeit bestehenden landschaftlichen Gauverbände (*pagi*) durch jene Ausbildung des Städtewesens zersprengt worden; jede Stadt pflegte, ähnlich wie in Italien, den administrativen Centralpunkt eines Bezirks zu bilden, so daß die dazu gehörigen kleineren Ortschaften (*vici*) zwar erhalten, aber untergeordnet wurden.[20]

Außer den eigentlichen Provinzialcommunen gab es auch jetzt noch in einigen Provinzen selbständige Staaten, die wenigstens formell als freie Bundesgenossen der Römer galten (*civitates liberae et foederatae*). Ihre Könige verschwanden in der Folge einer nach dem andern vor der sich immer consequenter entwickelnden Monarchie, und die Länder wurden dann als Provinzialboden behandelt; aber selbst während letztere noch abgesondert bestanden, war die Freiheit ihrer Herrscher natürlich nur eine scheinbare.[21]

§ **295**] 3. **Das Jus Italicum**,[22] welches als Privileg an einzelne besonders begünstigte Städte, z. B. Utica, Konstantinopel, Tyrus, Berytus (*fr. 1. D. de censib. 50, 15*), von Kaisern ertheilt wurde, hatte nicht, wie man früher angenommen hat,[23] einen Bezug auf die Gemeindeverfassung, die vielmehr dabei ganz unberührt blieb, sondern gewährte (selbständige Cassenverwaltung,) völlige Steuerfreiheit der Grundstücke und Bürger und quiritarische Qualität (daher z. B. Usucapionsfähigkeit) des Territoriums, also einen Rechtszustand der Art, als wenn diese Gemeinden auf italischem Grund und Boden lägen: sie waren exterritoriale Erweiterungen des *solum Italicum* (*Plin. hist. nat. 3, 3, 25; 3, 21, 139; l. un. C. de priv. Const. 11, 20*).

Es scheint, daß das Italische Recht nur an solche Provinzialstädte verliehen worden ist, welche den Rang (gleichviel ob den Ursprung) von Coloniae hatten. Es war nicht eine Eigenschaft der Bürger, sondern der Stadt und ihres Gebiets, und stand daher nicht in einer Reihe mit der Civität, Latinität und Peregrinität, mit welchen es ehedem wohl zusammengenannt wurde;[24] doch konnte es auf die persönliche Stellung der Bürger allerdings hinüberwirken,[25] z. B. erwarben solche schon durch 4 Kinder eine Excusation gegen Tutel, während sonst in den Provinzen 5 Kinder Voraussetzung waren (*fr. Vatic. 191*).

Literatur: 1) Höck Röm. Geschichte (1841—50) I. 1. S. 332. 337. 391 ff. Marquardt Röm. Alterthum II. 3. S. 292—306. Walter Gesch. d. Röm. R. I. § 272. — 2) Heineccius *Ad leg. Jul. et Pap. Popp. Comm.* (Amst. 1726.) p. 360 sq. Glück Erläut. Thl. II. S. 496 ff. Thl. XXXVI. S. 226 ff. Huschke Census d. Kaiserzeit, S. 80 ff. Puchta Curs. d. Inst. I. § 88. Marquardt III. 2. S. 216—231. Walter I. § 329—334. Höck I. 2. S. 200. 298—300. Dernburg Röm. Pfandrecht I. S. 337. v. Gosen in d. Tüb. Zeitschr. f. d. gesammte Staatswissenschaft, Bd. 23. (1867) S. 529—548. — 3) Marquardt II. 3. S. 199—210. Höck I. 1. S. 399—401. I. 3. S. 53—62. Mercklin Cooptation d. Römer (1848) S. 152—167. Lange Röm. Alterth. II. S. 611—9. — 4) Ders. I. S. 354. — 5) Curtius *Commentarii de Senatu Rom. post. temp. reipubl.* (Hal. 1768). Ad. Schmidt i. d. allg. Zeitschr. f. Gesch. IX. (1848) S. 420—439. Höck I. 1. S. 320 ff. 408 ff. I. 3. S. 56 — 71. Marquardt II. 3. S. 210—234. Lange II. S. 321—4. 334—351. 357.

364. 366. 371. 378. 381—6. E. Kuhn Die städtische und bürgerliche Verfassung des Röm. Reichs (1864) I. S. 174. 197. — 6) Marquardt II. 3. S. 212—4. — 7) Dirksen Verm. Schriften I. S. 120—139. — 8) Marquardt II. 3. S. 231. — 9) Ders II. 3. S. 235—275. Höck I. 1. S. 410 ff. Lange I. S. 611. 666. 713. 734. 748. 762. 768. Göll i. d. Zeitschr. f. d. Alterthumswiss. 1856. S. 509 ff. — 10) Höck I. 1. S 412 ff. Marquardt II. 3. S. 276—291. i. V. m. II. 2. S. 149 u. III. 2. S. 378—384. Puchta I. § 88. — 11) Marquardt II. 3. S. 248. III. 2. S. 219. — 12) Derselbe III. 1. S. 50. 51. 55—69. Dirksen die *Scriptores Historiae Augustae* S. 78—105. Puchta Curs. I. § 92. — 13) Fr. Roth *De re municipali Romanor. libri II* (Stuttg. 1801). v. Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. I. Cap. 2. Hegel Geschichte der Städteverfassung in Italien I. S. 30 — 63. Zumpt *Commentat. epigraphicae* p. 73—158. 170 sq. 475 sq. Marquardt III. 1. S. 24. 46. 51—5. 260. 348—383. Puchta I. § 89—92. Höck I. 2. S. 151 — 172. Kuhn I. S. 229 ff — 14) Voigt Drei epigraph. Constit. Constantin's, S. 236—240. — 15) Zumpt *l. c.*, p. 60 sq. — 16) Huschke Census d. Kaiserzeit, S. 136. 143. Hegel Städteverf. I. S. 64 ff. Voigt S. 174 ff. — 17) Man streitet über den Zeitpunkt: Puchta I. § 92 meint, daß schon durch die *lex Julia municip.* eine Einschränkung der Municipaljurisdiction geschehen sei, und die Municipalbeamten den *minores magistratus* gleichgestellt worden seien. — 18) Höck I. 2. S. 180—204. Marquardt III. 1. S. 293—309. — 19) Ders. III. 1. S. 247—275. 341. 383—8. Höck I. 2. S. 223—252. Kuhn Beiträge S. 80 ff. — 20) Voigt Drei epigr. Const. S. 131. 151 ff. 196. 202. 234. — 21) Höck I. 2. S. 253. Voigt d. *jus natur.* und *gentium* d. Römer, II. § 101. Kuhn Städt. u. bürg. Verf. II. S. 49. — 22) Zumpt *Comment. epigraph.* p. 482 sq. und *Studia Romana* p. 337. 338. v. Savigny Verm. Schriften I. S. 29—80. Dirksen *Script. Hist. Aug.* p. 123 sq. Höck I. 2. S. 238—242. Walter I. § 301. Puchta I. § 94. 95. Marquardt III. 1. S. 261—5. Rudorff Schriften d. Röm. Feldmesser II. S. 373 ff. Mommsen Abh. d. sächs. Gesellsch. d. Wissensch. III. S. 363 ff. — 23) Sigonius *De jure Italico* I, 1. Auch v. Savigny nimmt noch eine theilweise Wichtigkeit für die Verfassung an; anderseits beschränkt Zumpt *Comment. epigraph.* p. 489 wieder die Bedeutung zu sehr. — 24) s. dagegen. v. Savigny a. a. O. No. 3. — 25) Walter I. § 319. Dazu Voigt d. *jus natur.* u. *gentium* d. Röm. II. S. 688.

XXVIII. Kapitel.

III. Rechtsquellen.

§ **296**] **1. Uebersicht.** Mit der Umgestaltung der Verfassung hängt immer auch eine Veränderung in der Constellation der Rechtsquellen zusammen. Diese der vierten Periode angehörige Veränderung tritt nun zunächst in der bei Gai. 1, 2 zu lesenden Aufzählung als eine Vermehrung der Arten auf: „*Constant autem jura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui jus edicendi habent, responsis prudentium*"; denn unter diesen sind die *constitutiones principum* eine ganz und gar neue Erscheinung. Allein diese Vermehrung hatte zugleich eine qualitative Veränderung im Gefolge; denn es währte nicht lange, so kam die gesetzgeberische Thätigkeit der Comitien wie des Senats so völlig in die Hand des Princeps, daß *leges*, *senatusconsulta* und *constitutiones* im Grunde nur noch der Form nach verschiedene Ausflüsse derselben monarchischen Machtvollkommenheit waren, und auch die Edicte der Jurisdictionsmagistratur, sowie die gutachtliche Thätigkeit des Juristenstandes gerieth, wie die officielle Redaction des *Edictum perpetuum* und die kaiserliche Verleihung des *jus respondendi* zeigen, dermaßen unter den Einfluß der

Principes, daß immer mehr die juristische Triebkraft, welche ehedem in reicher Freiheit mannichfaltiger Organe zu Tage getreten war, sich in dem gesetzgeberischen Kaiserwillen zusammenzufassen und zuzuspitzen schien.

Es ist nur die freie schriftstellerische Thätigkeit der Rechtsgelehrten, welche eine Zeit lang, noch während dieser ganzen Periode, sich der gesetzgeberischen Autorität des Princeps ebenbürtig zeigt; ja diese Thätigkeit, in welcher nun alle von den Juristen der vorigen Periode gelegten Keime kräftig emporstreben und zur Blüte und Frucht gelangen, entfaltet sich so großartig und schön, daß sie eigentlich der ganzen Periode ihr ausgezeichnetes Gepräge verleiht. Wir können diese Periode geradezu als die der Jurisprudenz bezeichnen: noch überwog die Jurisprudenz an innerer Bedeutung die kaiserliche officielle Gesetzgebung; die Jurisprudenz dieser Zeit war frei und selbstbewußt, und darum auch schöpferisch; ja die Macht der Wissenschaft hat nie in einer ihrer Disciplinen einen stolzeren Triumphzug gehalten, als zu Rom in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit.

§ **297**] Wie in der vorigen Periode Keime gelegt wurden, die nun zu reifen Organismen emporwachsen, so fallen auch in diese Periode neue Keime, aus denen erst später Fertiges und Ganzes hervorgehen sollte. Wir treffen nämlich neben der von der Jurisprudenz gleichsam neu entdeckten und fein gestalteten Welt des *jus naturale* (im engern und eigentlichen Sinn*) auf zahlreiche Ansätze neuer Rechtsbildungen; während jenes *jus naturale* den Boden des alten Rechts nachbarlich berührte und gleichsam organisch fortsetzte, erschienen in diesen Ansätzen völlig neue Ausgangspunkte der Anschauung und Schöpfung, und es begann die Bildung eines Rechts, welches im eminenten Sinn ein „*novum jus*“ (Gell. N. A. 12, 13; Gai. in *fr. 1. 3. D. de her. pet. 5, 3* und *fr. 22. i. f. D. de praescr. verb. 19, 5*) oder „*jus extraordinarium*“ (Callistr. in *fr. 2. pr. D. ex quib. caus. maj. 4, 6;* Marc. in *fr. 7. D. de lege Corn. de fals. 48, 10;* Ulp. in *fr. 10. D. de V. S.*) genannt werden konnte.[1] Dasselbe wurde im Gegensatz des ganzen bisherigen Rechts (*jus civile* und *honorarium*) oder der *juris civilis ratio* (Marc. in *fr. 33. pr. D. de condit. 35, 1*) gedacht und beruhte vorzugsweise auf den neueren Senatusconsulten und *constitutiones principum* (*fr. 3 cit.*).

Mit „*extra ordinem subvenitur*“ wurden überhaupt die außerordentlichen Rechtswohlthaten des kaiserlichen Willens, welcher sich an keine feste Regel band, bezeichnet (z. B. in *fr. 1. § 1. D. de insp. ventre 25, 4; l. 4. C. de aedif. priv. 8, 10*). Schon aus dem *Imperium* der republikanischen Prätoren waren solche Ausflüsse gekommen, welche dem „*commune auxilium et merum jus*“ gegenüber gestellt wurden (*fr. 16. pr. D. de minor. 4, 4*), allein das Ediciren der Principes gewann eine viel bedeutendere Tragweite. Anfangs vereinzelt erscheinend erhielt es mit dieser Tragweite zugleich auch Zusammenhang, und dem schärferen Beobachter konnte bald nicht mehr verborgen bleiben, daß hier ein

*) s. unten § 328. 335. 337. 340.

großes System im Keimen sei. — Aber erst in der nachclassischen Zeit tritt dieses Neue als System hervor.

Den Ausgangspunkt dieses jungen Systems bildete der neue kosmopolitische Cäsarismus; militärische Tendenz schuf den Rahmen, denationalisirte freie Rechtsanschauung füllte diesen Rahmen mit neuen Stoffen. So bereitete sich in dem neuen und außerordentlichen Recht der völlige Bruch mit dem nationalen Rechte Rom's vor; als endlich das *extraordinarium jus* unter dem Einflusse theils des Christenthums und theils des Barbarenthums zum *ordinarium* erwuchs, war das classische Recht des antiken Römerthums überwunden.

§ **298**] In der Ausbildung des *jus naturale* und der Entstehung eines neuen *jus militare* erblicken wir gleichsam die ideellen Centra der zwei großen Massen, welche dann in der nachconstantinischen Zeit als „*Jus*“ und „*Leges*“ einander gegenüber gestellt wurden. Alles bisherige auf nationalem Boden erwachsene oder gezogene Recht (*civile* und *honorarium*) erfuhr in der Schriftenwelt der Juristen eine gemeinsame Verarbeitung, durch welche die heterogenen Stoffe im Wesentlichen sich gegenseitig assimilirt wurden; eine Codification* war nicht erlangt worden, doch konnte das Musterwerk des Sabinus über das *jus civile*, der feste Grundstock des *Edictum*, welches unter Hadrian eine officielle Redaction erfuhr, und überdies die Beides zusammenfassende Arbeit der Wissenschaft recht wohl ein Gesetzbuch vertreten. Das neuere Recht der Senatsbeschlüsse und Constitutionen aber war wegen seiner Geringhaltigkeit und Zusammenhangslosigkeit dermalen überhaupt noch gar nicht geeignet, codificirt zu werden. So ist das Röm. Recht, von dem Zwölftafelwerk an bis auf den Gipfelpunkt seiner Entfaltung ganz seinem innersten Wesen getreu, im freien Wettstreit der Organe und ununterbrochenen Fluß des Gemeinlebens erwachsen und gereift. Die Wissenschaft formulirte in einer seltenen Verbindung von Naivität und Eleganz die inneren Gesetze dieses Lebens, des Lebens der damaligen Culturwelt, und das Principat, seiner hohen Aufgabe an der Spitze der Welt sich im Allgemeinen wohl bewußt, lieh dieser Wissenschaft seine Macht.

§ **299**] **2. Alter Quellenkreis.** A. *Leges*.[2] Im Anfange der Kaiserzeit war es ein Doppeltes, worauf die Reformpläne der Gewalthaber gerichtet waren: Aufrichtung des Volkes aus der socialen Zerrüttung, welche immer tiefer und allgemeiner zu werden drohte und auch die politische Kraft des Reichs gefährdete, und Anspannung der vorhandenen politischen Kräfte in straffer soldatischer Ordnung. Jenen Plan suchten Augustus und seine Nachfolger durch die Comitien und den Senat, den anderen Plan in ihren eigenen Wegen und neuen Formen zu verwirklichen. Anfangs sind die Comitien, später der Senat das dem Princeps zu Gebote stehende Organ.

Die unter Augustus von den Comitien angenommenen Gesetze waren

---

*) s. oben § 178.

theils solche, welche der Kaiser selbst, theils solche, welche in dessen Auftrag ein anderer Magistrat rogirt hatte. A. Zu den ersteren (*leges Juliae*) gehören a) die *lex Julia sumtuaria* (sehr streng), *de annona* (gegen Kornwucher), *de ambitu* und die aus mindestens 88 Capiteln bestehenden *leges de vi publica* und *de vi privata;* b) die *lex Julia de adulteriis coercendis et de pudicitia*, in welcher die *lex de fundo dotali* einen Artikel bildete, vom J. 18 v. Chr., ferner die *lex Julia de maritandis ordinibus*, welche erst 20 Jahre nach ihrer ersten Rogation, i. J. 4 n. Chr., durchging (Dio C. 56, 1 ff.) und die *lex Julia vicesimaria* (*i. e. de vicesima hereditatum*) v. J. 6 n. Chr. — Zweifelhaft ist, ob die *leges Juliae judiciorum publicorum et privatorum*, durch welche der Legisactionenproceß zur Ausnahme ward, die *lex Julia de majestate*, *peculatus et de sacrilegis* und *de residuis* von Cäsar oder Augustus herrühren. B. Zu den anderen gehören die consularischen *leges* a) *Aelia Sentia de manumissione inter vivos* vom J. 4 n. Chr. und *Furia Caninia de manumissione testamentaria* vom J. 8 n. Chr.* und b) die *lex Papia Poppaea* vom J. 9 n. Chr. Die letztere, zur Ergänzung der *lex Julia de mar. ordin.* bestimmt und mit dieser gewöhnlich zusammen als *lex Julia et Papia Poppaea*** bezeichnet, griff tief in den socialen Organismus und die privatrechtliche Ordnung der Verhältnisse ein und hatte, selbst ein Erzeugniß künstlicher Planmäßigkeit, viele künstliche Begriffe und unnatürliche Einrichtungen im Gefolge, welche den praktischen Staatsmännern und juristischen Theoretikern viel zu schaffen machten. In ihr war der umfassendste Gesetzgebungsact seit den XII Tafeln enthalten, und sie ward in der Kaiserzeit lange *Lex* oder *Leges* vorzugsweise genannt; aber ihr Bestand blieb nur während dieser Periode, die von ihr gleichsam inaugurirt wurde, unangetastet; im Grunde war sie doch bloß eine große Episode, welche seit Constantin allmählich wieder vom Schauplatz verschwinden mußte.

Von den unter August's Nachfolgern erlassenen *Leges* sind hervorzuheben a) unter Tiberius die *lex Junia* v. J. 19 n. Chr. (772 d. St.) durch die *Coss. Junius Silanus* und *Junius Norbanus* (danach gewöhnlich als *lex Junia Norbana* bezeichnet), über unfeierliche Manumissionen; vervollständigt durch die *lex Visellia* vom J. 24 (777 d. St.); b) unter Claudius die *lex Junia Veleja* über Erbeinsetzungen vom J. 46 (799 d. St.), die *lex Claudia de aere alieno filiorumfamilias* vom J. 47 (800 d. St.) und die *lex Claudia* über Aufhebung der agnatischen Frauentutel; c) unter Nero die *lex Petronia* zum Schutze der Sklaven gegen grausame Herren, vom J. 61 (814); d) unter Nerva (?) die in verstümmelter Benennung überlieferte problematische *lex Vectibulici* über Manumission von *servi publici*, jedenfalls vor 127 (*l. 3. C. de serv. reip. 7, 9*), etwa unter den *Coss. suffecti Publicius Certus* und *Vettius Proculus* vom J. 96. Nach dieser Zeit kamen keine Comitialgesetze mehr vor; auch die s. g. *leges agrariae* unter Caligula

*) Ueber die *lex Aelia Sentia* und *Furia Caninia* s. Excurse zu diesem Kapitel, No. I.
**) Ueber dieselbe s. Excurse zu diesem Kapitel No. II.

und Nerva (*fr. 3. D. de term. moto 47, 21*) sind keine solchen, sondern Communalstatuten.[3]

§ 300] B. *Edicta magistratuum.*[4] Neben dem Abendroth der Comitien haben wir auch das Abendroth des Edicts zu registriren. Daß die Sitte des Edicirens auch jetzt von den Jurisdictionsmagistraten (*Praetor urbanus, peregrinus, Aediles curules, Proconsules, Quaestores, Praesides provinciarum:* Gai. 1, 6) fortgesetzt wurde, ist schon aus allgemeinen Gründen anzunehmen, bestätigt sich aber auch durch einzelne Anführungen von Aenderungen und Zusätzen, welche das traditionelle Edict erfuhr (*edicta nova, brevia, monitoria: Plin. Ep. 5, 21; fr. 1. § 13. D. de ventre in poss. 37, 9*). Nicht unwahrscheinlich ist es, daß z. B. das Edict *Si quis omissa causa testamenti hereditatem possideat* (*tit. Dig. 29, 4*) und das *interd. de superficiebus* (*tit. Dig. 43, 18*) erst in der Kaiserzeit entstanden sind, denn nur Juristen von Celsus an scheinen sich mit diesen Stoffen beschäftigt zu haben; wenn rücksichtlich des ersteren Labeo einmal (*fr. 1. § 12. D. si quis om. caus.*) angeführt ist, so erkennt man doch aus dessen Ausspruch, wie schwankend damals die Basis dieses Instituts noch war, die erst durch Julian zu einem gewissen Abschluß (*is ordo, quem Julianus ostendit: fr. 6. pr. § 1. eod.*) gediehen zu seyn scheint. Oefters mögen die Principes selbst den Anlaß zu solchen Zusätzen gegeben haben, allein mit dem Ueberhandnehmen der kaiserlichen Mandate und Rescripte, welche gleichsam an die Stelle der Edicte der Magistrate traten, ward diesen die Nahrung entzogen, und die überlieferte Edictsmasse begann zu erstarren; einzelne Fälle wurden etwa noch durch außerordentliche Decrete vom Prätor erledigt (*fr. 12. D. ut in poss. 36, 4*). Es konnte sich nun bloß noch um eine officielle Redaction derselben handeln.

§ 301] Eine solche mochte allerdings Bedürfniß werden, denn die Masse war groß, und sie war infolge des allmählichen und systemlosen Anwachsens in ungefügiger Form aufgeschichtet, schwerfällig ohne Uebersicht, und mithin eine schöne Aufgabe eleganter Abrundung für ein Zeitalter, in welchem überhaupt noch einmal die ganze Formenschönheit der Antike sich sammeln und formuliren zu wollen schien. Das war das Zeitalter Hadrian's.

In dieses Zeitalter fällt eine neue Stufe der Jurisprudenz, und mit derselben trifft die Redaction des Edicts („*Edicti ordinatio*“ *l. 2. § 5.* u. *l. 3. § 21. C. de vet. jure enucl. 1, 17*) zusammen, welche, vom Juristen Salv. Julianus auf Hadrian's Anordnung unternommen, für die damalige Welt fast den praktischen Werth einer Codification hatte: einen Werth, welcher sich noch in jenem Ausspruch Justinian's in der *Const. Deo auctore* (*l. 1. § 5. C. de vet. jure enucl. 1. 17;* dazu *l. 3. §. 18. eod.*) spiegelt, wo der Kaiser das große Digestenwerk, das Hauptstück seiner Codification, als *imitatio Edicti perpetui* bezeichnet.* Wie aus der Vorrede der *Epitome legum* v. J. 920[5] hervorgeht, war Julian's

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. III.

Gehülfe dabei ein Servius Cornelius; wir ersehen aus derselben Vorrede, wie die wichtigste Neuerung Julian's hier darin bestand, daß er die Hauptstücke des Civilrechts (die s. g. *Libri quatuor singulares*) dem Edict einfügte; außerdem wissen wir, daß er das Edict auch mit eignen Zusätzen (*novae clausulae*, *novum edictum*) bereicherte (*fr. 3. D. de conj. cum emanc. 37, 8; fr. 1. D. quod met. c. 4, 2; fr. 4. D. de itin. 43, 19?*), und daß er zu einflußreichen Erläuterungen veranlaßt wurde (z. B. *fr. 6. § 1. 2. D. si quis om. caus. 29, 4*); ferner erhellt aus *l. 2. § 5. C. de vet. jur. enucl. (1, 17)* in Verbindung mit *Theoph. paraphr. I, 2, 7*, daß das Aedilicische Edict dem Prätorischen nun angehängt wurde. So war die Feststellung des erweiterten Edicts, wenn auch keineswegs ein eigentliches Gesetzgebungswerk, doch eine Thatsache von großer Bedeutung; sie gab dem Reiche allerdings kein erschöpfendes, aber ein allgemeines Recht; sie scheint nach dem Plane Julian's auch bestimmt gewesen zu seyn, die Provinzialedicte zu ersetzen, deren locale Farbe und Mannichfaltigkeit in der zunehmenden Nivellirung aller Zustände angemessen zu seyn aufhörte (*l. 1. § 10. C. de vet. jure enucl. 1, 17*), und sie gab ohne Zweifel den Anlaß zu jener in Edicten und Rescripten ersichtlichen legislativen Geschäftigkeit, welche sich in der Zeit von Hadrian bis Antoninus Philos. zusammendrängt. — Die Prätoren vor diesem Edictsabschluß nennt Venulejus „*Veteres*" (*fr. 4. D. de itin. 43, 19;* vergl. Gell. 11, 17); das abgeschloßne Edict, nun insonderheit *Edictum perpetuum* genannt, wurde ein beliebtes Thema der frei überarbeitenden Jurisprudenz.[6]

§ **302**] 3. **Neuer Quellenkreis.** A. *Senatusconsulta.* An die Stelle der Comitien trat gewissermaßen der Senat,* dessen die Principes sich nun immer häufiger als Organ ihrer legislativen Initiative bedienten; gar oft finden wir in den Quellen *Scta* und *Constitutiones* neben einander genannt (z. B. in *fr. 2. pr. D. ex quib. caus. maj. 4, 6*). Die *Scta* privatrechtlichen Inhalts[7] häuften sich insbesondere in der Zeit von Nero bis Marc Aurel: dahin gehören namentlich solche erbrechtlichen Inhalts z. B. *Neronianum* (um 60?), *Trebellianum* (62), *Pegasianum* (um 70?), *Apronianum* (117), *Juventianum* (129), *Tertullianum* (um 130?), *Orphitianum* (178); zahlreiche Beschlüsse betrafen auch das Ehe- und Vormundschaftsrecht, das Schuld- und Sklavenrecht, das Straf- und Proceßrecht;[8] manche suchten durch nachträgliche Vorschriften die Umgehung der *lex Julia et Papia* zu erschweren, z. B. das *Sctum Memmianum* gegen simulirte Adoptionen (63).

Die ehemalige Controvers, ob der Senat legislative Competenz habe, war jetzt dem Satze gewichen, daß *Senatusconsulta legis vicem obtinerent*, und das „*jus facere posse*," was bei den Prätoren nie anerkannt worden (Gai. 3, 32), war jetzt beim Senat unbestritten. Es hieß von demselben: *jubet atque constituit* (Gai. 1, 4; *fr. 9. D. de leg. 1, 3*).

Die *Scta* wurden entweder nach ihrem Inhalt oder Anlaß (z. B.

---

*) s. oben § 282.

Sctum Macedonianum: fr. 1. D. de Sct. Mac. 14, 6) oder nach den referirenden Coss. (z. B. *Silanianum* über vorzeitige Testamentseröffnung 10 n. Chr., *Libonianum, Persicianum* u. s. w.), oder aber nach dem Kaiser (z. B. verschiedene *Scta Claudiana*) benannt. Letzteres war namentlich dann indicirt, wenn, was jetzt immer mehr zur Regel ward, das *Sctum* durch eine *Oratio Principis* (*in Senatu* oder auch *in castris habita s. recitata*) veranlaßt wurde; Beispiele sind eine *Oratio Hadriani* über die Erbschaftsklage (*fr. 20. § 6. D. de her. pet. 5, 3; Sctum Juventianum*), *Severi* über Veräußerung von Mündelgütern (*fr. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. 27, 9*), *Caracallae* über *donationes inter virum et uxorem* (*fr. 3. D. de don. i. v. et u. 24, 1*). Diese *Orationes Principum** bildeten den natürlichen Uebergang zu der auch formell selbständigen Gesetzgebung der Kaiser.[9]

§ **303**] B. *Constitutiones principales.*[10] Der Strom des Prätorischen Edicts war im Erstarren; auf dessen breiter Fläche kamen dafür nun in tausend kleinen Quellen die *Placita Principum* zum Durchbruch, und neben diesen entwickelten sich die *Responsa Prudentium* in freier und mächtiger Bewegung. Sie waren nicht in dem Sinne grundlegend, wie die *Leges* und *Scta*, dafür durch ihre Masse wirksam und wichtig. Hadrian ist es, welcher durch Berufung angesehener Juristen in seinen Staatsrath die Jurisprudenz auf die Höhe ihrer unvergleichlichen Stellung erhob, und von welchem auch die älteste der im *Cod. Just.* enthaltenen Constitutionen herrührt (*l. 1. C. de testam. 6, 23*); Dositheus benutzte die gesammelten Constitutionen Hadrian's zu einem Lehrbuche (*D. Hadriani Sententiae et epistolae*[11]).

Dem Principat wohnte keineswegs von Anbeginn die legislative Competenz inne; alle eigentlichen Gesetzgebungsacte, welche von Augustus und seinen Nachfolgern beabsichtigt wurden, mußten daher der Form nach durch die Comitien oder den Senat gehen. Allein vermöge seiner magistratischen Obergewalt hatte der Princeps das Recht des Edicirens, und konnte er den ihn vertretenden Statthaltern Amtsinstructionen ertheilen (*Edicta* und *Mandata*); auch konnten die gutachtlichen Rechtssprüche des Princeps, von welchem, als aus ihrer Quelle, die Reichsjuristen ihr *Jus respondendi* herleiteten, nicht geringern Ansehns seyn, als die Gutachten dieser, und wenn der Princeps in einem zu seiner Cognition gelangenden Processe als oberster Richter im Reiche ein Urtheil sprach, so mußte auch ein solches sammt dem, was zu dessen rechtlicher Motivirung ausdrücklich aufgestellt worden, in der Praxis eine über den einzelnen Fall hinausreichende Tragweite erlangen (*Rescripta* und *Decreta*). In diesen vier Richtungen entfaltete sich die rechtschöpferische Thätigkeit der Kaiser langsam, aber stetig, und die Theorie der Juristen, welche in ihren Werken gern und oft an solchen kaiserlichen Kundgebungen anknüpften, trug viel dazu bei, den Inhalt derselben als einen organischen Bestandtheil des geltenden Rechts erscheinen zu lassen.

---

*) s. oben § 283.

§ **304**] Bei den Edicten mußte sich die Gesetzeskraft am leichtesten entwickeln, sie ergab sich factisch von selbst, und zwar schon unter Augustus. „Die Menge und Dauer der Magistraturgewalten des Kaisers verlieh seinen Edicten eine Natur, welche denen der Beamten fremd war. Wenn diese nur in Einem bestimmten Geschäftskreise edicieren konnten, so erstreckte sich die kaiserliche Vollmacht auf alle Zweige der Verwaltung; wenn die Magistrate dabei auch räumlich (auf ihre Provinz) beschränkt waren, so galt das kaiserliche Edict durchs ganze Reich; und wenn endlich die Bestimmungen des Prätor oder Proconsul mit ihrem Amtsjahre erloschen, falls sie nicht von dem Nachfolger aufgenommen wurden, so dauerte die bindende Kraft der Edicte des Kaisers wenigstens bis zu seinem Tode, und über diesen hinaus, wenn seine Acta vom Senat bestätigt wurden. So näherte sich allerdings die Rechtskräftigkeit von August's Edicten der Natur eigentlicher Gesetze, und schon er benutzte diesen Weg, um Verordnungen zu erlassen, die den Kreis eigentlicher Gesetze berührten (*Plin. Ep. 10, 74*). Aber völlig gleich mit diesen galten sie weder der Nation, noch den ersten Kaisern."[12] Erst als die Thätigkeit der Comitien erlosch und die Mitwirkung des Senats zur reinen Formsache wurde, erhoben sich die Kaiseredicte zu gesetzähnlichem Ansehn; auch in diesem Bezuge scheint die *lex regia* unter Vespasian von eingreifender Bedeutung gewesen zu seyn, denn Ulpian beruft sich auf dieselbe für seinen Satz, daß *„quod Principi placuit, legis habet vigorem"* (*fr. 1. pr. D. de const. princ. 1, 4*). Marcian, indem er die *Edicta* neben, d. h. vor den *„Leges aut quae Legis vicem obtinent"* nennt (*fr. 14. D. de condit. 28, 7*), scheint geschwankt zu haben, ob er jene zu den eigentlichen Gesetzen oder zu den gesetzähnlichen Vorschriften zu rechnen habe.

Beispiele sind von Augustus das nachher von Claudius wiederholte Edict, *ne feminae pro viris suis intercederent* (*fr. 2. pr. D. ad Sct. Vell. 16, 1*) und das später wieder aufgehobene Edict, *ne pater filium militem exheredet* (*fr. 26. D. de lib. inst. 28, 2*); von Claudius Edicte zu Gunsten derelinquirter Sklaven und verdienter Latinen (*fr. 2. D. qui sine manum. 40, 8; Ulp. 3, 16*); von Nerva das Edict, *ne post quinquennium mortis cujusque de statu quaeratur* (*fr. 4. D. ne de statu def. 40, 15*); von Hadrian ein Edict, daß dem Testamentserben nach Publication des Testaments sofortige Besitzeinweisung zu gewähren sei behufs schneller Abtragung der Erbschaftssteuer (*l. ult. C. de edicto D. Hadr. toll. 6, 33*); von Marc Aurel ein Edict: *Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit* (*fr. 24. D. de reb. auct. jud. poss. 45, 2*).

§ **305**] In den Mandaten spiegelte sich der Natur der Sache nach vorzugsweise das Particularbedürfniß der Provinzen (s. z. B. *fr. 9. D. de extrao. crim. 47, 11*); indeß da in vielen Beziehungen die Zustände der Provinzen übereinstimmten und immer mehr übereinstimmend gemacht wurden, erhielten die den Beamten geltenden Erlasse von selbst ein allgemeines Ansehn und bildeten einen Uebergang zu wirklichen

Gesetzen, wie in dem Karolingerreiche des Mittelalters die Capitularien der Könige neben den Volksgesetzen (*leges*) stehend diese oftmals ergänzten und ausführen halfen. Sie enthielten Bestimmungen über Polizei- und Justizverwaltung, und darunter solche, welche selbst in das Privatrecht eingriffen, z. B. über Betheiligung der Provinzialen an Clubs und Vereinen (*sodalitia et collegia: fr. 1. 3. 4. D. de colleg. 47, 22*), über die privilegirte Testirfähigkeit der *milites*. Als derartige Stücke ständige Bestandtheile der kaiserlichen Instructionen wurden, konnte ihre gesetzähnliche Kraft nicht mehr zweifelhaft seyn; ein solches (seit Nerva und Trajanus ständiges) *caput ex mandatis* war jenes Mandat: *ut, quoquo modo milites testati fuissent, rata esset eorum voluntas* (*fr. 1. D. de test. mil. 29, 1*), welches mit der Bestimmung August's über die *bona castrensia* zusammen der Krystallisationskern des späteren Systems des *jus militare* wurde und von Gaius (2, 109) als kaiserliches Constitutionenrecht bezeichnet wird; andere ständige Mandatscapitel werden von Callistratus (*fr. 27. D. de poen. 48, 19*), Paulus (*fr. 3. D. de off. Praes. 1, 18*), Marcian (*fr. 2. § 1. D. de his quae ut indignis 34, 9*), Ulpian (*fr. 3. § 1. D. de don. i. v. et u. 24, 1*) erwähnt. Oefters werden die *Mandata* neben den *Constitutiones* genannt, z. B. in *fr. 6. D. de extrao. crim.* (47, 11) und *fr. 3. D. de colleg.* (47, 22), indem da unter letzteren Edicte (so in *fr. 6*), oder Rescripte (so in *fr. 3*) gemeint sind: aber diese Unterscheidung sollte offenbar nicht die Kraft, sondern höchstens den localen Umfang der Geltung angehen.

§ 306] Die Decreta, oder wie sie von Paulus auf dem Titel eines seiner Werke auch genannt worden sind, die *Imperiales sententiae in cognitionibus prolatae*,[13] waren an sich nur Proceßentscheidungen, veranlaßt durch angebrachte *supplicationes* oder eingelegte *provocationes* (*l. 1. 2. C. ut lite pendente 1, 21*), erhielten aber, sofern sie neue und eigene Rechtsansichten des Princeps anwendeten, die Bedeutung allgemein gültiger Rechtssätze, deren Ansehn die niederen Gerichtsbehörden sich schwerlich entziehen mochten. Es war hierin den Principes ein natürliches Mittel gegeben, ihrem neuen *extraordinarium jus* (s. oben § 297) in der Praxis Eingang zu verschaffen, und dies mochte namentlich auch auf dem Wege der Cassation untergerichtlicher Erkenntnisse geschehen; *Suet. Dom. 8*: *Jus diligenter et industrie dixit*; *plerumque et in foro pro tribunali extra ordinem ambitiosas Centumvirorum sententias rescidit.* Ausdrücklich zählt Ulpian (*fr. 1. § 1. D. de const. 1, 4*) die Decrete mit unter den *Constitutiones* auf, von denen er sagt: *leges esse constat.* — Das bekannteste Beispiel ist das *Decretum D. Marci* gegen Selbsthülfe (*fr. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7*).

§ 307] Die bei weitem größte Anzahl der von den Digestenjuristen angeführten Kaisererlasse sind Rescripte (*Rescripta principalia*), welche oft unter „*Constitutiones*“ schlechthin verstanden (z. B. *fr. 6. D. de i. i. rest. 4, 1; fr. 9. § 3. D. quod met. c. 4, 2; fr. 5. 6. 9. D. de agnosc. lib. 25, 3*; *fr. 1. 6—9. 11—15. D. de pollicit. 50, 12; fr. 33. D. de poen. 48, 19*), und von Ulpian in *fr. 3. § 5. D. de sepulcr. viol.* (47, 12)

auch *Imperialia statuta* genannt werden. Rescripte der Regenten wurden durch Anfragen der Unterthanen veranlaßt, die ein Interesse der Belehrung hatten; aus allen Theilen des Reichs kamen solche Anfragen (*consultationes*) nach Rom vor das Tribunal oder Consilium des Princeps, sie waren ein Zeichen des allerwärts sich begründenden freien Vertrauens auf die erhabene Unparteilichkeit des Inhabers der obersten Gewalt, und so zeigt uns nichts so deutlich, wie die wachsende Zahl der Rescripte, den wachsenden Einfluß des kaiserlichen Willens im ganzen Reich und für das gesammte Recht. Die Anfragen kamen bald von den Statthaltern (*fr. 1. § 1. D. de appell. 19, 1*), oder Prätoren (*fr. 7. D. de i. i. rest. 4, 1*), bald von Privaten (*fr. 9. § 3. D. quod met. c. 4, 2; l. 3. C. de transact. 2, 4*); die Antworten (auch *Literae* oder *Responsa* genannt) wurden in der kaiserlichen Kanzlei nach Umständen lateinisch (z. B. *fr. 2. D. de his, qui sui 1, 6; fr. 7. § 5. 6. D. de don. i. v. et u. 24, 1*) oder griechisch (*fr. 9. D. de lege Rhod. 14, 2; fr. 48. D. de judic. 5, 1; fr. 2. § 3. D. ad Sct. Vell. 16, 1*) verfaßt und entweder in selbständigen Antwortschreiben (*Epistolae*) oder am Fuße des Gesuchs angemerkten Antworten (*subscriptiones*) ertheilt.

Meistens enthielten die Rescripte nur Rechtsbelehrungen über geltendes Recht (z. B. *fr. 7. pr. D. de cond. 35, 1; fr. 2. § 5. D. de jure fisci 49, 14*) oder auch Verhaltungsanweisungen für den einzelnen Fall, also keine rechtschaffenden Bestimmungen, doch kamen auch solche vor; Beispiele der letzteren, d. h. der zu den eigentlichen Rechtsquellen zu rechnenden Rescripte sind die *Epistola D. Hadriani* über das *beneficium divisionis* der Mitbürgen (Gai. 3, 121), das Rescript desselben über die Unverzinslichkeit der Legate (Gai. 2, 280), die *Epistola Antonini Pii* über die beschränkt zulässige Arrogation Unmündiger (*Gai. 1, 102*). Zahlreiche Rescripte ergingen über die *in integrum restitutio* (*fr. 6. D. de i. i. rest. 4, 1*), über *fiscales venditiones* (*fr. 3. 13. 15. D. de jure fisci 49, 14*), Confiscationen (*tit. Dig. 48, 20* u. *21*), Alimentationspflicht (*fr. 5. D. de agnosc. lib. 25, 3*); bekannt sind die Constitution Hadrian's („*forma ab Hadriano data*"), daß vermachte Alimente bis zum 18. bez. 14. Lebensjahre zu leisten seien, was durch ein Rescript des Alex. Severus bestätigt wurde (*fr. 14. § 1. D. de alim. leg. 34, 1*), und das Rescript Marc Aurel's über Ausdehnung der Compensation auf *obligationes stricti juris* (*§ 30. J. de act. 4, 6*).

§ **308**] Die angeführten vier Kategorien blieben in der Praxis nicht schlechthin geschieden und verschwammen selbst vor dem Auge des Juristen in einander; Rescripte und Mandate griffen in dieselben Gebiete ein (*fr. 27. D. de poen. 48,19*), Rescripte so gut wie Edicte wurden als *Constitutiones* bezeichnet; dasselbe Ansehn der durch die *lex regia* bestätigten kaiserlichen Machtvollkommenheit war es, welches hinter dem Decret, wie hinter dem Edict und Mandat stand; es konnte also nur darauf ankommen, ob der Princeps, von welchem es ausging, ihm allgemeine Tragweite zu geben gemeint war; daß s. g. *constitutiones personales* nicht willkürlich über den einzelnen Fall hinaus ange-

wendet werden durften, verstand sich von selbst, es wäre gegen den eignen Willen des Urhebers gewesen (*fr. 1. § 2. D. de const. princ. 1, 4*); daß aber alle *generales constitutiones* in der Praxis Gesetzeskraft erhielten, erhellt zu deutlich aus den zahlreichen Anführungen und Commentirungen derselben in der ganzen gleichzeitigen Rechtsliteratur, als daß es jemals hätte in Frage gezogen werden sollen. Schon Gaius (1, 5) erklärte sie ein für allemal für allgemein bindend: *constitutio Principis est, quod Imperator decreto vel edicto vel epistola constituit; nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse Imperator per legem imperium accipiat* (dazu *§ 6. J. de jure natur. 1, 2*). Weder der von Trajan berichtete (überdies nicht begründete: s. *Plin. Ep. 10, 71—84*) Umstand, daß er sich nie auf Ertheilung von Responsen eingelassen habe, noch die Absicht des Macrinus, des Nachfolgers Caracalla's, sämmtliche Rescripte seiner Vorgänger aufzuheben, beweisen etwas dagegen (*Capitol. Macr. 13*); und wenn später, infolge einreißender Verwirrung der Rechtspraxis und serviler Anbetung kaiserlicher Aussprüche tüchtige Kaiser einen Damm zu ziehen veranlaßt waren, (z. B. Anastasius: *l. 6. C. si contra jus 1, 22*): so bleibt doch für die classische Zeit wahr, was Ulpian (*fr. 1. § 1. D. de const. princ. 1, 4*) so deutlich als möglich ausdrückt: *Quodcunque Imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat; haec sunt, quas vulgo Constitutiones appellamus.*[14]

Es war gleichsam nur ein Absenker von der erstarkten legislativen Autorität der Principes, als den *Praefecti praetorio* das Recht ertheilt wurde, Generalverordnungen zu erlassen, welche allgemein gelten sollten, sofern sie nicht dem anerkannten Recht zuwider wären. Solche Verordnungen hießen *Formae* (auch *Indices* oder *Programmata*) oder *τύποι* s. *ἐπαρχικά* (*fr. un. § 1. 2. D. de off. praef. praet. 1, 11; l. 2. C. de off. praef. pr. 1, 26*). Sie kommen in der letzten Zeit dieser Periode vor, wo der Präfectus Prätorio den Gipfel seines Ansehns erstiegen hatte (*Lamprid. Alex. Sev. 21; Dio C. 72, 9*); mit der centralisirten Staatsidee der Constantinischen Monarchie waren sie nicht mehr in derselben Weise verträglich.[15]

§ **309**] 4. Die Jurisprudenz. A. Verdienste der Juristen im Allgemeinen. Der Beruf der Juristen ward damals frei von den Absichten des Erwerbes geübt, die Liberalität des Belehrens war der Zweck ihrer edlen Thätigkeit: auf den Lehrzweck läßt sich im Grunde ihre ganze mündliche und literarische Thätigkeit zurückführen und insofern an die Kategorie der *Responsa Prudentium*, welche von Gai. 1, 2 als letzte der Rechtsquellen aufgeführt werden, die ganze Jurisprudenz der Römer anknüpfen; ja „*Responsa prudentium*" ward zur Benennung für die Rechtsquelle überhaupt, welche von Papinian (*fr. 7. pr. D. de J. et J. 1, 1*) mit dem allgemeineren Ausdruck „*Auctoritas prudentium*" bezeichnet wird. Aber ihre Thätigkeit ging natürlich in mancherlei praktisch geschiedene Zweige auseinander; diese Zweige sind im Grunde

dieselben Richtungen, welche schon in der vorigen Periode unterschieden wurden,* nur daß sie jetzt in ungleich größerer Fülle sich entfalten, und unter ihnen die literarische Thätigkeit immer glänzender in den Vordergrund tritt.

Die Schriften der Röm. Juristen haben das Recht der Römer erst recht eigentlich zu dem gemacht, was es ist. Was in den übrigen Rechtsquellen schwerfällig formulirt war und weit, gar weit oft, auseinander zu liegen schien, das rückte unter dem wissenschaftlichen Druck der Rechtslehrer nahe zusammen, und alle oft wunderlich vertheilten Elemente traten in einen neuen und höheren Aggregatzustand. Zerstreutes ward combinirt, Entferntes verglichen, Vermengtes geschieden, Unreines gesichtet, Einzelnes verallgemeinert. So ward der ganze Bau durchsichtig, und so vollbrachte die Jurisprudenz dieser Zeit auch die große Arbeit, aus den beiden Systemen des *jus civile* und *jus honorarium*, welche durch die Quellen und Formeln geschieden waren, geistig ineinander zu schmelzen und beide als die Hemisphären Einer Rechtswelt erscheinen zu lassen; obgleich auch in den Schriften der Juristen, welche in der Form die Ueberlieferung aufrecht erhielten, jene beiden Systeme besondere Plätze einnehmen: so haben doch eben diese Juristen — und nicht erst Theodosius II. oder Justinian — das *jus civile* und *honorarium* durch Beleuchtung und Verarbeitung ihrer Grundideen zu einem idealen Ganzen gestaltet. Wir erkennen, daß beide Körper um einen gemeinsamen Schwerpunkt kreisen, und daß ihr Nebeneinander, wie es z. B. noch in Ulpian's zwei Hauptwerken *ad Sabinum* und *ad Edictum* erschien, nicht ein Streit widerstrebender, sondern ein freies Spiel verwandter Kräfte ist. Es war die Jurisprudenz, welche den *actiones* des Edicts wirkliche *obligationes* entlockte, und wenn die Institute des Civilrechts der freieren Luftströmung des prätorischen Rechts ausgesetzt wurden, so verstand es die Jurisprudenz, mit der Freiheit die Solidität zu versöhnen. Eine Scheidung beider Systeme wäre zuletzt wie ein Schnitt durch lebendiges Fleisch gewesen.

§ **310**] B. Unterricht. Von Labeo, dem originellsten und fruchtbarsten Juristen der Augusteischen Zeit wird erzählt, daß er seine Thätigkeit jährlich in zwei Hälften getheilt habe, deren eine dem praktischen Verkehr in Rom, d. h. dem Unterricht der Schüler, die andere in stiller Zurückgezogenheit und Sammlung auf seinem Landsitz der literarischen Production gewidmet gewesen sei (Pompon. in *fr. 2. § 47. D. de O. J. 1, 2*); und ähnlich hielten es alle großen Juristen, daß sie neben der Schriftstellerei nicht verschmähten, in freier und uneigennütziger Hingebung an die wißbegierigen Jünger ihrer stolzen Wissenschaft für die Erbfolge der Generationen des Wissens zu sorgen. Es befestigte sich jetzt die schon in der letzten Zeit der Republik eingeleitete Sitte, daß junge Juristen (*Auditores*) den Unterricht bewährter Praktiker (*Praeceptores*) suchten und ihnen nicht bloß flüchtig Einiges ablernten,

*) s. Excurse zu § 177—187. No. III. (S. 189—193).

wendet werden durften, verst[illegible] ihnen die leitenden Grund-
eignen Willen des Urheber[illegible] nehmen. So wurden jene ihnen
daß aber alle *general*[illegible] und sie selbst ihre *Studiosi*
ten, erhellt zu deutl[illegible] *meus*" *fr. 52. § 20. D. de furt.*
tirungen derselbe[illegible] Juristen sind nicht unmittelbar an Par-
es jemals hätte [illegible] *Studiosi* gegebene" (z. B. Tryphon. in *fr. 78.*
erklärte sie ei[illegible] *3)*, und es scheint Regel gewesen zu seyn,
est, quod Ir[illegible] sie in die eigentlich praktische Unterweisung
quam du[illegible] einen kurzen vorbereitenden theoretischen Cursus
perator[illegible] Meister durchzumachen hatten[16] (*fr. 2. § 43. 47.*
Weder[illegible]
Ep.[illegible] galt die praktische Unterweisung als die Haupt-
sen [illegible] löste sich der Vorbereitungscursus, wie es scheint,
C[illegible] indem er zu einem besonderen Beruf und einer Erwerbs-
[illegible] die weniger Neigung oder Geschick zum Respon-
[illegible] Bücherschreiben, als zum methodischen mündlichen Lehr-
[illegible] besaßen, wie jener Lucilius, welcher den Servius Sulpicius in
die Rechtskunde zuerst eingeführt hatte. Aehnlich, wie die Rhetoren
der damaligen Zeit, hielten sie Vorträge und Schulen (*Stationes jus docentium*: Gell. 13, 13), und bezogen für ihre Leistungen ein Honorar,
ohne daß aber dieses als gerichtlich klagbar galt (Ulp. in *fr. 1. § 5. D. de extrao. cognit. 50, 13*). Doch blieben die Schulen in dieser Periode
noch persönliche Unternehmungen; ständige öffentliche Anstalten der
Communen und Landschaften tauchten erst späterhin auf. Für jene
Lehrer untergeordneten Ranges kam dann die Bezeichnung *Professores juris civilis* auf; weil gewisse Privilegien an die Ausübung dieses Lehrberufs geknüpft waren, und sie darum über dieselbe sich bei
der competenten Behörde auszuweisen hatten (*fr. 6. § 12. D. de excus. 27, 1; fr. 1. § 5 cit.*).

§ **312**] C. *Jus respondendi.* Abgesehen von dem Beginn methodischen Unterrichts waren es namentlich zwei karakteristische Thatsachen, durch welche die literärgeschichtliche Physiognomie dieser Periode ihr besonderes Gepräge erhielt: durch die kaiserliche Verleihung des *Jus respondendi* an hervorragende Juristen und durch die Darstellung des vertieften Ideengegensatzes in einem dauernden Schulenstreit. Auch für diese beiden Entwicklungsmomente bildet, scheint es, Hadrian's Zeitalter wieder einen Abschnitt.

Augustus, der es so meisterhaft verstand, allmählich alle Lebensfasern des colossalen Gemeinwesens an den persönlichen Willen des Monarchen zu ketten und diesen so zum wirklichen Haupt des Reichskörpers zu machen, verknüpfte auch die Juristenwelt derartig mit dem Principat, daß man nicht sagen kann, ob er jene dadurch mehr hob oder mehr zügelte. Der Bericht des Pomponius über die Entwicklung des Respondirprivilegiums (in *fr. 2. § 47. D. de O. J. 1, 2*) ist nicht ganz klar, doch scheint es danach, daß namentlich August und Tiber und später Hadrian von Einfluß darauf waren; Tiber mag auch hier nur

die Augusteische Einrichtung befestigt haben; vielleicht noch, daß, was von Augustus nur ausnahmsweise und aus eignem Antrieb gewährt ward, seit Tiber anfing Gegenstand der allgemeinen Bewerbung zu werden. Die Verleihung erschien als ein *beneficium Principis* und gewährte den Vortheil, daß der concessionirte Jurist nun *ex auctoritate Principis* respondiren konnte, und sein Gutachten, selbst wenn es ohne specielle Motivirung gegeben war (*Senec. Epist. 94*), in der betreffenden Streitsache für den Richter maßgebend und mithin bindend für die Parteien ward (daher *jus publice respondendi*); als Bedingung dafür war nur dies vorgeschrieben, daß das *responsum scriptum signatumque* ertheilt wurde, damit dem Mißbrauch vorgebeugt sei. — Auf diese Weise zerfiel seitdem der Juristenstand in zwei Classen: in autorisirte oder patentirte Reichsjuristen und in einfache Privatjuristen; die Gutachten der letzteren unterlagen der Kritik des Richters, während die ersteren vermöge der Rechtskraft ihrer Gutachten recht eigentlich als die *juris conditores* (oder *auctores* im eng. Sinn: *fr. 17. pr. D. de jure patron. 37, 14*) gelten konnten. Wir dürfen annehmen, daß hierdurch die Privatjuristen sehr in Schatten traten, und später fast nur noch Reichsjuristen angeführt und deren Schriften vorzüglich verbreitet wurden.

§ **313**] Von Hadrian wird erzählt: *Cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis, „hoc non peti, sed praestari solere, et ideo si quis fiduciam sui haberet, delectari; populo ad respondendum se praepararet“* (Pompon. in *fr. 2. § 47. D. de O. J. 1, 2*) — und: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est, jura condere; quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet, si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur* (Gai. 1, 7). Es erhellt hieraus, daß dieser Kaiser durch Rescripte von Einfluß auf die Ausbildung des *Jus respondendi* wurde, aber zweifelhaft und sehr bestritten ist, welcher Art dieser Einfluß war. Nun können wir aus dem, was wir sonst von Hadrian wissen, im Allgemeinen schließen, daß sein Verhalten zu den Juristen wesentlich mit durch die Abschließung des Edicts bestimmt worden sei, und daß er den Juristen ihren Nimbus nicht genommen, eher, daß er ihrer Celebrität eine breitere Basis geschaffen habe. Auf jenes scheint Pomponius, auf dieses Gaius anzuspielen, wenigstens empfiehlt sich folgende Erklärung beider Angaben.[17] Den Prätoren war jetzt ein Haupttheil ihres Einflusses genommen, so daß es ein billiger Ersatz scheinen konnte, allen Prätoriern als solchen Anspruch auf das Respondirprivileg zuzuerkennen: diesen Antrag aber lehnte der Kaiser ab, weil nicht ein Amt, sondern die thatsächliche Bewährung des Respondirens den Ausweis der Würdigkeit gebe, und darum sollten auch ferner nur bewährte, und um das Publikum verdiente Rechtsgelehrte Anwartschaft auf die Concession haben; übrigens sollten nach dem Plane Hadrian's nicht mehr bloß die für den einzelnen Streitfall erbetenen Gutachten, sondern überhaupt

die in den Schriften niedergelegten Ansichten der Reichsjuristen (*sententiae et opiniones*) in Betracht kommen, so daß, wo mehrere sich erklärt hätten und sie sämmtlich im Einklang seien, die Richter diesen zu folgen hätten, also nur, wo die Mehreren auseinander gingen, den Richtern freier Spielraum wäre. Demzufolge trat die juristische Literatur der Reichsjuristen, insoweit sich in ihr eine Gesammtlehre entwickelte, gewissermaßen an die Stelle der Edictsentwicklung, die nun gebannt war: gewiß eine Erhöhung der Reichsjurisprudenz, in voller Uebereinstimmung mit der auszeichnenden Zuziehung von Juristen zum kaiserlichen Staatsrath, welche gleichfalls durch Hadrian bewirkt wurde.*

§ **314**] D. Schulen. Wenn man die Röm. Kaiser den Göttern des hellenischen Olymp vergleichen könnte, so ließen sich die Reichsjuristen Rom's als die Heroen des juristischen Himmels der damaligen Zeit bezeichnen; jedenfalls trugen viele der letzteren mehr wahres Heroenthum in sich, als manche der ersteren wahre Divinität; und es ist erklärlich, daß ein Caligula, welcher seine Bildsäule im Tempel zu Jerusalem aufstellen wollte, den Juristen ihre Ehre mißgönnte, ihre Selbständigkeit fürchtete, und daß es bei einem bloßen Wunsche blieb, wenn er aussprach, er möchte alles Respondiren auf seinen kaiserlichen Mund beschränken (*Suet. Calig. 34*). Wir fühlen uns immer gleich erhaben über der gewöhnlichen Menschenwelt, ob wir Antistius Labeo, den Mann von unbestechlicher Ueberzeugungstreue, in seiner mit stillem unermüdlichen Schaffen erfüllten Einsamkeit besuchen; oder ob wir mit Massurius Sabinus in die Mitte seiner Schüler treten, welche dem rastlosen Lehreifer ihres unbemittelten Meisters mit der liebevollen Sorge für seinen Lebensunterhalt dankten (*fr. 2. § 47. D. de O. J. 1, 2*); oder ob wir Salvius Julianus, den Großvater des Kaisers Didius Julianus, bei seiner umfassenden Thätigkeit begleiten, mit welcher dieser *ordinator praetorii Edicti* den höchsten irdischen Interessen des Reichs unter dreien Kaisern — als Mitglied im Consilium des Hadrian und der beiden Antonine — diente und den Ruhm dieser Zeit, ein goldnes Zeitalter zu seyn**, mit begründen half; oder ob wir vernehmen, wie an dem Gefeiertesten unter den Koryphäen, dem Freunde des Kaisers Sept. Severus und Vermittler zwischen dessen Söhnen, Aemilius Papinianus, bald die Fülle (*l. 14. C. de sentent. 7, 45*), oder Schärfe (*l. 30. C. de fideic. her. 6, 42*) oder Erhabenheit des Geistes (*§ 7. J. de fideic. her. 2, 53*), bald seine Tugend gepriesen wird, die den lebenden zu einer Zuflucht der Gerechtigkeit und Schatzkammer der Rechtskunde, den sterbenden aber zu einem Siegel der menschlichen Würde gemacht habe (*Spart. Sever. 21*).

In Papinian, Ulpian und Paulus, welche alle drei es zur höchsten Staffel eines *Praefectus praetorio* brachten, gipfelt der Höhenzug der s. g. classischen Jurisprudenz der Römer, welche von Labeo an

*) s. oben § 284. **) s. oben § 272. 277.

eine geschlossene Kette der berühmtesten Namen und ausgezeichnetsten Köpfe aufweist; es lassen sich aber zwei Stufen der Wissenschaft noch unterscheiden, welche sich in Julianus berühren. So ergibt sich, wenn wir die Geschichte der Römischen Jurisprudenz von Coruncanius* bis Modestinus als ein Ganzes betrachten, eine Folge von vier Stufen, welche wir die Kindheit und Jugend, das Mannes- und Greisenalter nennen könnten. Mit Labeo beginnt die Reife männlichen Selbstbewußtseyns der Wissenschaft, und wenn wir die Zeit der Koryphäen als das Greisenalter bezeichnen, so wagen wir das, indem wir nicht an ein dem Marasmus verfallenes Alter schwächlicher Individuen, sondern an den beschaulichen Lebensabend eines vollkräftigen Schöpfergeistes denken, welcher hierin den abrundenden Schluß seines Wirkens feiert.

§ **315**] Von Ulpius Marcellus unter den Antoninen bis Herenn. Modestinus unter den Gordianen (ca. 150—250) hält sich die Röm. Jurisprudenz ungefähr auf gleicher Höhe, zu welcher sie von Labeo an in fortwährendem Aufsteigen begriffen war. Jene Haltung auf der Höhe ist großartig, aber ebenso bewundernswerth die Kraft des Aufsteigens, und ebenso merkwürdig die Art, wie dieses geschah; denn nicht mit der gesammelten Kraft Eines Weges, sondern auf zwei nebeneinander führenden Wegen steigt die Jurisprudenz empor, und der Aufschwung der Führer ist zugleich ein Kampf zweier Lager. Dies ist der vielbesprochene Dualismus der Juristenschulen seit Labeo und Capito unter Augustus.*

Ob dieser Schulengegensatz ein wirklich in der Tiefe begründeter gewesen? seltsame Frage für eine Zeit tiefster schöpferischer Erregung der juristischen Geister und Angesichts einer so großen Anzahl derselben! Offenbar gab Labeo's energischer Geist den eigentlichen Anstoß zu diesem Gegensatz, indem er — sicher einer der bedeutendsten Denker aller Zeiten — mit der ganzen Consequenz eines erfinderischen und stählernen Kopfes die reine Idee des Rechts zur Geltung brachte und aus ihr ein System entspann, das hoch über allen kleinen Rücksichten des Tages und allen äußeren Interessen des Lebens schwebend blieb, großartig und vornehm, aber auch einseitig und rücksichtslos. Das ist der Standpunkt des Idealisten, welcher nun freilich in Zeiten des machtvollen Materialismus eine Gegnerschaft herausfordern und zu deren Disciplinirung führen mußte, sobald ein dazu fähiger Führer sich fand.

§ **316**] Ein solcher Führer ward Massurius Sabinus. Erst dieser scheint in die naturalistische Opposition System gebracht, sie mit selbständigen Gedanken befruchtet zu haben; vielleicht daß er es war, welcher im Gegensatz zur einseitigen *subtilitas* der Gegner die *utilitas* zuerst grundsätzlich betonte, wovon die Absolutionstheorie im Civilproceß (*Gai. 4, 114*) ein Beispiel abgibt; allezeit ist ja der Naturalis-

*) s. oben § 185. 186. **) s. Excurse zu diesem Kapitel No. IV.

mus geschmeidiger gewesen als der Idealismus. Seitdem konnte von zwei großen Heerlagern der Rechtswissenschaft geredet werden, die wir die Idealisten und die Naturalisten nennen wollen. Kein anderer als dieser Gegensatz ist es, welcher im Grunde durch die Schulen der Proculianer und Sabinianer geschichtlich ausgeprägt und für uns noch heute eines der interessantesten dogmen- und literargeschichtlichen Phänomene und bez. Probleme ist. Sicher ist an demselben, daß von Labeo und den Proculianern eine Anzahl bedeutsamer Neuerungen ausging: sie erweiterten den Bereich der *res nec mancipi*, um das Geltungsgebiet der einfachen verkehrsbequemen *traditio* auszudehnen (*Gai. 2, 15*); [18] sie legten den Grund zu dem System der Innominatcontracte, um dem Verkehr durch Anerkennung eines gewissen Rechtsschutzes aller onerosen Geschäfte zu Hilfe zu kommen (*fr. 1. § 1; fr. 17. § 1; fr. 20. D. de praescr. verb. 19, 5*); sie erkannten die Fabricationskraft an umgestalteten Sachen an und sprachen demnach dem *specificator* als dem Urheber der *nova species* das Eigenthum derselben zu (*Gai. 2. 79*). Vor allen bezeichnend ist diese letztere von den Sabinianern bestrittene Theorie; indem diese den Stoff, die Proculianer Kraft und Form betonten, trat der Kern der beiderseitigen Theorien überhaupt ans Licht, d. i. der Gegensatz des Naturalismus und Idealismus. Keiner war im vollen Recht, und daher die Folgezeit im Recht, als sie einen Ausgleich suchte und fand; auch in der Specificationstheorie erhielt eine spätere Mittelmeinung die Oberhand. Und wie im materiellen Recht, so mußte auch im Proceßrecht der Gegensatz der Grundanschauung sich geltend machen: er trat in jener Absolutionstheorie der Sabinianer schlagend hervor, wonach der Richter im Widerspruch mit der Grundidee des von der Litiscontestation abhängigen Processes nachträgliche Billigkeitsmomente berücksichtigen sollte, und anderseits liegt die Vermuthung nahe, daß die processuale Consumtionstheorie (s. § 349) durch Labeo und seine Schule entwickelt wurde.

§ **317**] Nicht in allen Controversen mag der Faden von beiden Schulen streng festgehalten worden seyn, allein von manchen z. B. über Legatserwerb (*Gai. 2, 195. 200*) gilt dies in der That, und es ist gerade dieser Umstand ein Beweis dafür, daß der Schulengegensatz aus tiefen Wurzeln stammte. Bis in die Zeit Hadrian's ward von den Schulen gesprochen, doch da, wie es scheint, mehr nur als von einer ehemaligen Berühmtheit; schon Javolen, Julian's Lehrer, einer der letzten Sabinianer, schrieb bezeichnender Weise Auszüge aus Schriften Labeo's, des Stifters der Gegenschule (s. z. B. *fr. 57. D. loc. cond. 19, 2*), dann aber in Julian waren offenbar die Extreme beider völlig ausgeglichen, und von da an fließt der Strom der Jurisprudenz in ruhiger majestätischer Einheit; der alleinige Unterschied namhafter Juristen besteht nun noch darin, daß es solche ersten und zweiten Ranges an Werth oder an Ansehn gibt.

Proculianer.	Sabinianer.
(Trebatius Testa*)	(Ofilius)
M. Antistius Labeo	C. Atejus Capito
M. Coccejus Nerva	Massurius Sabinus
M. Cocc. Nerva der Sohn	C. Cassius Longinus
Sempronius Proculus	Caelius Sabinus
Pegasus	Priscus Javolenus
Juventius Celsus	Aburius Valens
P. Juv. Celsus der Sohn	Tuscianus
Neratius Priscus	Aristo (?)

Auch Salvius Julianus, Sextus Pomponius (und neben ihm wohl auch Sext. Pedius[19]) und Gaius, sowie Sext. Caecilius Africanus, Terentius Clemens und L. Volusius Maecianus pflegen noch zu den Sabinianern als deren letzte Ausläufer gerechnet zu werden, und sie rechneten sich auch wohl selbst dazu, allein es scheint nicht, als ob damals, in der Zeit Hadrian's, noch der bestimmte Gegensatz der anderen Schule gegeben war; die Haltung der Genannten spricht gegen eine solche Annahme.

§ **318**] Die Werke** der Häupter beider Schulen anlangend, so ist zunächst die ganz außerordentliche Fruchtbarkeit Labeo's zu bemerken: er schrieb gegen 400 Bände; weit bemerkenswerther ist, daß von diesen viele noch nach mehr als 100 Jahren in Ansehn und Gebrauch waren; außer Julian ist kein Jurist, auch nur annähernd, so häufig wie Labeo in den Digesten citirt, ja es scheint keine Hauptfrage gewesen zu seyn, in deren Geschichte nicht Labeo verwickelt war, und verschiedene spätere Juristen commentirten seine Schriften. Von den Proculianern finden sich sonst in den Digesten verhältnißmäßig sehr wenige Stellen, am meisten noch von dem wegen seiner *„responsio Celsina“* (*fr. 27. D. qui testam. 28, 1* u. *fr. 59. § 1. D. de her. inst. 28, 5*) vielbesprochenen Celsus jun.,[20] dessen bedeutendstes Werk *Digesta* in 39 Büchern nach dem System des Hadrianischen Edicts (!) waren.

Mehr Glück als irgend ein einzelnes Werk eines Proculianers machten die *Libri III juris civilis* des Mass. Sabinus (*Gell. 4, 1. 2; 5, 13; 11, 18; 14, 2*), durch welche auch das umfangreiche posthume Civilrechtssystem Labeo's (*Libri posteriorum*) offenbar verdunkelt worden ist. Beide Werke ruhten auf dem System des Mucius Scaevola, dasjenige des Sabinus aber ward die Grundlage der gesammten weiteren wissenschaftlichen Behandlung des nationalen *jus civile* und der Kern der danach benannten „Sabinusmasse“ in den Digesten, welche ein Dritttheil derselben neben der Edicts- und Papiniansmasse bildete;[21] auch das spätere Civilrechtssystem jenes Cassius Longinus, nach welchem die Schule sogar auch Cassianer hieß (*Plin. Ep. 7*), hat den Sabinus nicht geschmälert.

---

*) s. oben § 187 a. E.

**) s. Excurse zu diesem Kapitel No. VI—VIII.

§ **319**] Aus der sonstigen sabinianischen Literatur sind hervorzuheben des Aburius Valens *libri* (VII?) *fideicommissorum*, „die älteste Erörterung einer Materie des *Jus extraordinarium*"; des Pomponius *liber I Enchiridii*,[22] ein Buch, welches für uns wichtiger geworden ist, als desselben Verfassers umfangreichere Schriften über Mucius Scaevola, Sabinus und das Edict, weil es unsere Hauptquelle der juristischen Literärgeschichte Rom's und darum auch von Neueren vielfach commentirt worden ist (enthalten in *fr. 2. D. de Or. jur. 1, 2*); des Africanus *libri IX Quaestionum*, berühmt durch die erlesene Schwierigkeit der Themata (*Africani lex = intricata*); des Maecianus griechischer Commentar zur *Lex Rhodia* (s. *fr. 2. D. de leg. Rhod. 14, 2*).

Am interessantesten ist die schriftstellerische Thätigkeit des Julian und des Gaius, denn in des Ersteren Hauptwerk, den *libri XC Digestorum*, welche in Justinian's Digesten in zahlreichen und umfassenden Fragmenten benutzt sind, besitzen wir den Grundstock der Justinianischen „Edictsmasse" überhaupt und die Ansichten des besten Kenners des *Edictum perpetuum*;* Gaius** aber, schon durch seinen hellenisirten Namen und seine in der Zeitgeschichte ganz verschleierte Rolle ein Räthsel der Forschung, reizt überdies unsere Aufmerksamkeit durch die Eigenthümlichkeit seiner literarischen Arbeiten; war er, wie neuerdings vermuthet wird, ein in der Provinz thätiger Lehrer des Rechts und Vertreter der asiatischen Provinzialjurisprudenz,[23] so paßt in der That dazu, daß er a) nicht bloß zum *Edictum urbicum* (*perpetuum*), sondern auch ein größeres Werk *ad Edictum provinciale* (*libri XXXII*) schrieb und viel auf hellenische Sitten Rücksicht nahm, b) ein antiquarisches Buch *ad legem XII tabularum* (*libri VI*), für die des altröm. Rechts unkundigen Provinzialen sicher ein dankenswerthes Unternehmen, sowie c) zwei kurze Lehrbücher verfaßte, nämlich *Institutionum commentarii IV*[24] und *Rerum quotidianarum* (s. *Aureorum*) *libri VII*, welche durch ihre leichte, den erprobten Lehrmeister verrathende Einfachheit außerordentliches Glück machten und besonders im Osten des Reichs Verbreitung fanden; das Glück, das dem Gaius dienstbar geworden, blieb ihm treu: der ehemals unberühmte Gaius ward nach 2 Jahrhunderten den ersten Koryphäen angereiht, dann sein Institutionenbuch von Justinian zur Grundlage des gleichnamigen Buches desselben gemacht, und, um weitere 1300 Jahre später wieder aufgefunden (zu Verona i. J. 1816), das Hauptereigniß auf dem Schauplatz der historischen Juristenschule Deutschlands.†

§ **320**] E. Koryphäen. Unter classischer Jurisprudenz der Römer im engsten Sinn ist oft die Literatur von Hadrian bis Severus Alexander verstanden worden, so daß Julian und Modestin die begrenzenden Namen des Anfangs und Endes sind; in dem reichen Kranze von Namen dieser Zeit lassen sich Sterne erster und zweiter Größe unterscheiden, und unter jenen werden wieder nach dem Vorgange des Theodosius II. und Justinian einige besonders als Koryphäen ausgezeichnet.

*) s. oben § 301. **) s. Exc. zu diesem Kap. No. V. †) s. Exc. zu diesem Kap. No. VIII.

Sterne erster	zweiter Größe:
L. Ulpius Marcellus (159 **)	Claudius Tryphoninus (79)
Q. Cervidius Scaevola (307)	Arrius Menander (6)
Aelius Marcianus (275)	Callistratus (99)
Aemilius Papinianus (595)	Venulejus Saturninus (71)
Domitius Ulpianus (2462)	Licinius Rufinus (17)
Julius Paulus (2080)	Aemilius Macer (62)
Herennius Modestinus (344)	Florentinus (42)

Marcellus, in den Digesten Justinian's am häufigsten nach Julian und Labeo citirt, schrieb namentlich *libri XXX Digestorum*. Scaevola, Lehrer des Severus und des Papinian, schrieb außer seinen Noten zu Julian und Marcellus *libri XL Digestorum* und lieferte die meisten Fragmente in Justinian's Digesten nach den vier anderen Koryphäen; er selbst wurde von Modestin (*fr. 13. § 2. D. de excus. 27, 1*) als einer der *coryphaei legum prudentium* bezeichnet, sonst ist es nach dem Vorgange des Theodosianischen Citirgesetzes † üblich geworden, nur Papinian, Ulpian, Paulus und Modestinus (nebst Gaius) als die Koryphäen der classischen Jurisprudenz zu nennen. Marcian's Hauptwerk, *libri XVI Institutionum*, welches sich auf das anhangsweise behandelte *jus extraordinarium* erstreckte, ist (neben Gaius) mit in Justinian's Institutionen benutzt worden (z. B. *§ 1. J. de lege Aq. 4, 3; tit. J. de publ. jud. 4, 18*).

§ **321**] Wir berühren die Spitze auf der Höhe der Röm. Jurisprudenz, wenn wir die Namen Papinian, Ulpian und Paulus nennen: Männer, welche durch systematische Vertiefung des Ganzen schöpferisch wurden und das nicht hoch genug zu schätzende Verdienst hatten, daß sie unter der Eleganz des Vortrags nicht die Errungenschaft ihrer originalen Vorgänger verloren gehen ließen. Dieses Triumvirat ist eine der glänzendsten Erscheinungen der heidnischen Culturwelt, welche an den Beginn einer überaus trüben Zeit gestellt noch das Glück hatte, eines Papinian feinsinnige Lauterkeit und durchsichtige Harmonie des Denkens verschwistert zu sehen mit Ulpian's gewandter Darstellung, humoristischer Neigung (*fr. 52. § 2. D. de legat. III*) und weitem Umblick über alle Provinzen des juristischen Wissensreichs und mit Paulus' rastloser und belebter Weise, den gegebenen Stoff an den verschiedensten Seiten zu ergreifen und Fragen aller Art anzuregen. Vor Allen aber glänzt Papinian's Name mit Recht, weil in ihm mit klarem Wissen ein schönes Wollen und Fühlen sich vermählte, welches mit eignem, dem Christenthum verwandten Hauch seine Betrachtungen durchweht: wie gern folgt man ihm, wenn er, wie er das mit Vorliebe thut, den zarteren Rücksichten des Lebens nachgeht! Man freut sich mit ihm, wenn er sich z. B. über jenes Rescript des Marc Aurel (*fr. 67. § 10.*

---

*) Die eingeschlossenen Ziffern geben die Anzahl der von dem betreffenden Schriftsteller in Justinian's Digesten aufgenommenen Stellen an.
**) s. unten Theil III.

D. de legat. II) freut, welches zu Gunsten der Kinder den der Mutter ausgesprochenen Wunsch des Vaters mit Fideicommißkraft ausgestattet hatte, und wer sympathisirte nicht mit ihm, wenn er der Geltung der *cautio, ne serva prostituatur,* mit Hinblick auf die *venditoris affectio et verecundia* das Wort redet (*fr. 6. D. de servis export. 18, 7*)!

§ 322] Papinian's Hauptwerke sind seine *Quaestiones* (*XXXVII libri*) und *Responsa* (*XIX libri*), in denen das neuere wissenschaftliche Recht so meisterhaft zusammengefaßt war, daß sie den Grundstock der dritten Masse in Justinian's Digesten, der s. g. „Papiniansmasse", wurden und lange die wichtigste Grundlage des Lehrcursus in den Rechtsschulen bildeten. Papinian's Autorität kam in den folgenden Jahrhunderten der eines Gesetzgebers gleich.

Zahlreicher sind die Schriften des Ulpian und des Paulus; in ihnen ging die gedrängte und ruhige Gedankenfülle Papinian's in verhältnißmäßige Breite und Beweglichkeit auseinander. Von Ulpian sind außer zwei kleinen Lehrbüchern (*Regularum lib. I.* und *Institutionum libri II**) seine Werke zum Sabinus und zum Edict (in 51 und 83 Büchern[25]), deren letzteres der Masse nach den größten Theil der Digesten Justinian's ausmacht, sowie aus den vielen Monographien über Stücke des *jus extraordinarium* die *libri XX ad legem Juliam et Papiam* und *libri VI fideicommissorum* hervorzuheben. Paulus schrieb, außer vielen Commentaren zu früheren Juristenwerken und vielen größeren und kleineren Monographien über Stücke des Privat-, Staats-, Proceß- und Strafrechts (z. B. *libri X ad legem Juliam et Papiam*, *libri III fideicommissorum, liber I ad legem Cinciam*), namentlich Werke zu Sabinus und zum Edict (in 17? und 80 Büchern), ferner *Quaestiones* und *Responsa* (in 26 und 23 Büchern), sowie *Regulae* und *Sententiae receptae* (in 7 und 5 Büchern); letztgenannte Schrift, eine Uebersicht des gesammten wissenschaftlich feststehenden Rechts, von Constantin (in *l. 2. C. Theod. 1, 4*) als „*libri plenissima luce et perfectissima locutione et justissima juris ratione succincti*" gepriesen, erlangte das Ansehn eines gesetzgleichen Codex und repräsentirt in der *lex Visigothorum* geradezu das vorchristliche Recht.[26]

Mit Modestin neigen wir uns bereits von der Höhe der Jurisprudenz abwärts; er schrieb außer kleineren Monographien, *ad Q. Mucium, Regulae, Pandectae, Responsa* (in 31, 10, 12, 19 Büchern) und *Excusationes* (in 6 Büchern), letztere griechisch. Neben und nach ihm sind noch zu nennen Tertullianus (der Kirchenvater?), und aus der „Uebergangsperiode zum christlichen Recht" Hermogenianus (Verfasser des *Codex Hermogen.*?), Aurel. Arcad. Charisius und Innocentius (unter Constantin?). Seitdem verhallt der Klang von Juristennamen; Hermogenian und Charisius sind die letzten in den Digesten Justinian's benutzten (mit 107 und 6 Fragmenten).

Literatur: 1) Rudorff R. R.-Gesch. I. § 5. v. Bethmann-Hollw. Röm. Civilproc. II. S. 190. — 2) Puchta Curs. d. Inst. I. § 106. 107. Rudorff I. § 25

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. VIII.

— 28. 36. 39. Lange Röm. Alterth. II. S. 614—6. Höck Röm. Gesch. I. 1. S. 400. I. 2. S. 312. — 3) Mommsen Die Stadtrechte von Salpensa u. Malaca (1855) S. 390—6. — 4) Rudorff I. § 61. 97. Puchta I. § 114. Leist Gesch. d. Röm. Rechtssysteme (1850) S. 62—65. 73. 77. — 5) Zachariae *Prochiron Basilii, Constantini et Leonis* (1837) p. 292. — 6) Zimmern Gesch. d. Röm. Privatr. I. S. 130 — 137. — Ueber die Versuche, das Prätor. Edict nach seinem Wortlaut wieder herzustellen, vergl. Haubold in Hugo's civilist. Magazin II. S. 285 —326, und Weyhe *Libri III Edicti s. libri de origine fatisque jurisprud. rom. praes. Edictorum praetoris ac de forma Edicti perpetui* (Celle 1821) p. 149—298. Heffter Rhein. Museum f. Jurispr. I. S. 51 ff. u. *van Reenen Fontes tres juris civ. Rom. antiq.* (1840) p. 41—96. — 7) Rudorff I. § 46—50. — 8) Ders. I. § 45—53. Höck I. 3. S. 59. 296—300. 352—7. — 9) Ders. I. 3. S. 62. Rudorff I. § 54. — 10) Ders. I. § 55. Böcking Pand. I. S. 26 ff. v. Savigny System I. S. 116. 121—144. Puchta I. § 109—113. — 11) Herausgegeben von Böcking *Dosithei Magistri interpretamentorum liber tertius* (Bonn, 1832). — 12) Höck I. 1. S. 399. Dazu S. 391. u. I. 3. S. 61. — 13) s. Blume Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IV. S. 314 ff. — 14) Vergl. gegen Guyet Abhandl. a. d. Gebiete des Civilr. (1829) S. 39—102 u. v. Savigny System I. S. 128—141, welche die Gesetzeskraft für zu beschränkt halten, namentlich Puchta Curs. I. § 111., Böcking Pand. I. S. 29., Erxleben Lehrb. d. Röm. Privatr. I. S. 169—174., Rudorff I. § 59. — 15) Zachariae *Hist. juris Graeco Rom. delin.* § 8. p. 7. 105 sq. u *Ἀνέκδοτα* p 227 sq. Rudorff I. § 80. — 16) Puchta Curs. I. § 103. — 17) zum Theil abweichend Zimmern I. § 54. Anm. 29. Puchta I. § 116. 117. v. Savigny System I. S. 156. v. Scheurl Beitr. zur Bearb. d. R. R. I. S. 127. — 18) Puchta I. § 98 a. E. — 19) s. Sanio Varroniana S. 11. Anm. — 20) Sanio Zur Gesch. d Röm. Rechtswiss. (1858) S. 16. — 21) Leist Gesch. d. Röm. Rechtssysteme S. 55. Rudorff I. § 66. — 22) Ueber den Zusammenhang dieses *Enchiridion* mit Varro's *libri XV de jure civili* s Sanio Varroniana (1867). — 23) so Mommsen in Bekker's Jahrb. d. gem. deut. R. III. S. 3; dazu Fitting Ueb. d. Alter d. Schriften Röm. Juristen von Hadrian bis Alexander (Basel, 1860) S. 21. 22. Dagegen Huschke *Jurispr. antejust.* p. 77. — 24) Sanio Z. Gesch. des Röm. Rechtsw. S. 9. 10. — 25) Fitting S. 43. Sanio Varroniana S. 240—4. — 26) Rudorff I. § 75.

XXIX. Kapitel.

IV. Rechtsfähigkeit.

§ 323] Die Reste der alten bürgerlichen Rangordnung, welche sich während der vorigen Periode noch erhalten hatten,* gingen in der ersten Zeit der vierten Periode völlig zu Grabe, indem die Comitien, mit deren Classification sie zusammenhingen, eine Rolle zu spielen aufhörten; nur in Betreff der Wahlcompetenz, welche den Comitien beiderlei Art noch in den drei ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit verblieb, hatte es einige Bedeutung, daß seit August den Bürgern der Colonien und Municipien (mit Ausnahme der dortigen Senatsmitglieder) das Stimmrecht entzogen war.** — Als ein Unterschied der Civität konnte es nicht angesehen werden, daß den Senatoren und den Equites einige Dignitätsprivilegien eingeräumt waren.†

Nur von den *libertini* läßt sich sagen, daß sie auch jetzt noch hinter den Vollbürgern zurückstanden, denn, abgesehen von ihrer Beschränkung auf die *centuria capite censorum* und die *tribus urbanae*, wirkte das alte Herkommen fort, daß sie und selbst noch ihre Söhne

*) s. oben § 120 u. 188. 189. **) s. oben § 281. †) s. oben § 275.

vom *jus honorum* (passiven Wahlrecht) ausgeschlossen waren (*Liv. 9, 46; Plin. H. N. 33, 8*), und wenn auch das *jus conubii* ihnen nicht gerade gebrach, so galt doch die Ehe eines Senator mit einer *liberta* als Mißheyrath (*concubinatus*), und der Senat selbst sollte von Libertinen rein bleiben (*Liv. 9, 46; Suet. Claud. 24*);[1] auch in die Curien der Municipien sollten sie nicht gelangen (*l. un. C. ad leg. Viselliam 9, 21*); Augustus bildete die Cohorten der nächtlichen Wachen aus Freigelassenen, und nur im äußersten Nothfall benutzte er sie als Legionssoldaten (*Suet. Aug. 25; Dio C. 55, 26. 31*). Als aber das kaiserliche Hofwesen sich entwickelte, und die Kaiser den größten Theil des erforderlichen Dienstpersonals aus Freigelassenen und Sklaven zu entnehmen genöthigt waren, mußte die glänzende und einflußreiche Stellung begünstigter Libertinen, welche nicht selten die höchsten Magistratswürden überragte, auf den Stand der Freigelassenen zurückwirken und denselben immer mehr zu dem Niveau der Civität emporheben; überhaupt je mehr innerhalb des Reiches der Gegensatz der Massen schwand, und die Civität auf immer weitere Kreise erstreckt ward, konnte der Vorzug geborner vor gemachten Bürgern nicht mehr im alten Ansehn bleiben; die alterthümliche Strenge einzelner Kaiser, wie des Claudius, gegen die Freigelassenen, vermochte nicht mehr, den Zug der Zeit zu bannen.[2]

§ **324**] Die *Latini* und *Dediticii* (s. oben § 190) erhielten sich als künstliche publicistische Kategorien innerhalb der Reichseinwohnerschaft. Die erstgenannten (*Latini coloniarii* im Gegensatz der *Latini antiqui*) besaßen gewisse Elemente der Civität, welche auch jetzt noch von Kaisern an einzelne Theile und Communen der Provinzen, namentlich des Occidents, als *jus Latii* verliehen wurden, z. B. von Vespasian an Hispanien, wozu die Municipalordnungen von Malaca und Salpensa einen Beleg geben. Solche Latinen hatten das Quiritarische *commercium* mit der *legis actio* und *testamentifactio*, aber nicht das *conubium* (Agnaten-, Gentilitäts- und Patronatsrechte) und daher nicht die Röm. Personen-, Familien- und Intestaterbrechte (*Ulp. fragm. 5, 9; 19, 4; 20, 8; 22, 3;* dazu *Plin. Panegyr. 37; lex munic. Salp. 22. 23*); hierzu kam, daß die Latinen, welche in ihrem Heimatsorte die Magistratur bekleidet hatten, zur Röm. Civität gelangten[3]: letzteres Privileg ward in vielen Fällen sogar dahin erweitert, daß der latinische Exmagistrat nicht bloß für seine Person, sondern zugleich mit Gattin, Eltern und Kindern die Civität haben sollte, und es scheint,[4] daß seitdem jenes beschränkte und dieses erweiterte Privileg als *minus* und *majus Latium* (*i. e. jus Latii*) unterschieden wurde (*Gai. 1, 95. 96; lex munic. Salp. c. 21—25*).

Diese Latinität diente als Musterkategorie, da es Bedürfniß schien, den Zustand der ohne solenne Form Freigelassenen bestimmter zu ordnen, und ihnen doch die volle Civität nicht gewährt werden sollte: durch die *lex Junia Norbana* (19 n. Chr.) war allen solchen die Latinität zugetheilt, die nun in dieser Anwendung als persönliches, nicht communales Recht erschien und daher kein Anrecht auf Röm. Civität geben

konnte. Außerdem war diesen *Latini* (*Juniani*) auch das Recht, letztwillig über ihr Vermögen zu verfügen und letztwillige Zuwendungen zu erwerben, versagt (*Gai. 1, 22—24; 3, 56; Ulp. fragm. 20, 8. 14; 22, 3*).[5]

Die Kategorie der *Aerarii*, d. h. der auf die *civitas sine suffragio* Degradirten, hatte mit den Censuslisten und der Strafgewalt der Censoren zusammengehangen und fand daher unter den Kaisern keinen Platz mehr; das im Prätor. Edict ausgebildete Institut der *infamia* trat gewissermaßen an die Stelle der *nota Censoria*.[6] Dagegen erhielt sich die Kategorie der *Dediticii*, indem durch die *lex Aelia Sentia* (4 n. Chr.) bestimmt wurde, daß, wenn Sklaven, die sich eines groben Verbrechens schuldig gemacht hatten, freigelassen würden, sie für ihre Person als *Dediticii* (*Aeliani*) gelten, also der Civität unfähig und aus der Nähe Rom's verbannt seyn sollten (*Gai. 1, 25—27; Suet. Oct. 40*).[7]

§ **325**] Der Unterschied der Rechtsfähigkeit, welcher im Gegensatz der *cives* und *peregrini* gegeben war, bestand fort, doch ging der Hang der Zeit immer entschiedener nach Gleichstellung. Gleichwie die Hellenen den Barbaren, so hatten sich die Römer den Peregrinen gegenübergestellt, die ihnen in socialpolitischer Hinsicht in der That wie Barbaren erscheinen mußten (*Cic. de orat. 1, 44*)*, und wie nunmehr der Barbarenbegriff der Hellenen auf die hellenisirten Völker des Orients nicht mehr passen wollte, so mußte sich der analoge Peregrinenbegriff der Römer abstumpfen, je mehr das Römerthum in die Provinzialgewalt eindrang, und vom Kaiserthum ausstrahlende neue Rechtsbildungen auf Römer- und Peregrinenthum gleichermaßen angelegt waren. So rief die zunehmende kosmopolitische Ausgleichung der Gesellschaft eine ganze Stufenfolge der Annäherung hervor, und in verschiedenen Formen und Anläufen mußte ein Zustand geschaffen werden, welcher in der Verallgemeinerung der Civität seinen unvermeidlichen Abschluß fand; „das alte bevorrechtete Römerthum hatte sich überlebt," und das Kaiserthum hatte ein erklärliches Interesse an der Verschmelzung der Bevölkerung. Von den Kaisern ward das *jus togae* (*Romanae*) als Ehrenrecht gar nicht selten an einzelne *Socii* und *Amici* verliehen (*fr. 32. D. de jure fisci 49, 14*);[8] in freigebigster Weise ward, wie an Libertinen die Ingenuität, so an Peregrinen die Civität, an ganze Gemeinden und Länder die Latinität, an manche Städte das *jus Italicum* gespendet; lange galten Peregrinen als erwerbfähig für Fideicommisse; im Wege der *causae probatio* gelangten Latinen und Peregrinen, deren Ehe nicht kinderlos war, unter den leichtesten Bedingungen zur Civität; in dem Privileg des *Latium majus* treffen wir dasselbe Streben nach Ausdehnung des Kreises der Civität. So kam es endlich dahin, daß es nur des Anstoßes der Habsucht eines geldgierigen und geldbedürftigen Kaisers bedurfte, um den großartigen Satz auszusprechen, daß sämmtliche freien Reichseinwohner (mit Ausnahme der *dediticii*) Römische Bürger seyn sollten.

*) s. oben Cursus § 27 u. Excurse S. 158—160.

Schon Maecenas soll dem Augustus vorgeschlagen haben, die Civität allen freien Reichseinwohnern zu ertheilen (*Dio C. 52, 19*); von Claudius wird berichtet, daß er daran gedacht habe, alle Griechen, Gallier und Hispaner zu Röm. Bürgern zu erklären (*Senec. Apokolokynth. 3*), und Antoninus Philosophus scheint Gleiches für das ganze Reich wieder im Sinn gehabt zu haben (*Antonin. Comm. 1, 14; Aurel. Vict. Caes. 16*). Als aber die Frucht völlig reif war, fiel sie gleichsam von selbst der Peregrinenbevölkerung in den Schoß; dies war die Constitution Caracalla's v. J. 212, welche auch als *lex Antoniniana de civitate* bezeichnet und von Ulpian (in *fr. 17. D. de statu hom. 1, 5*) so angegeben wird: *In Orbe Romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt* (vergl. *Dio C. 77, 9*).[9]

§ **326**] Hiermit waren freilich — was der nächste Zweck jener Constitution war — Alle der Röm. Erbschaftssteuer glücklich unterworfen, aber es war noch Anderes erreicht. Die Peregrinität war nunmehr zur Ausnahme im Reich geworden: zwar gab es fortwährend eine Anzahl *Dediticii ex lege Aelia Sentia*, allein diese konnten nimmer als Verkehrsgruppen in Betracht kommen, und wenn mit dem 3. Jahrhundert das Einwandern Einzelner und Translociren ganzer Stämme auf Reichsboden zunahm, so blieb das zunächst ohne Einfluß auf das Ganze. Im Ganzen muß daher gesagt werden, daß es jetzt im Röm. Reiche nur Freie und Sklaven gab und die Freien Röm. Bürger waren; unter den freien Reichseinwohnern aber gab es nur noch die gleichfalls für das Allgemeine unerheblichen niederen Stufen der *Latini Juniani* und *Dediticii Aeliani*. Endlich ergab sich aus diesem Zustand, daß im Reiche eigentlich nur noch Ein Recht galt, und das *jus gentium* im alten Sinn, als zweite Hemisphäre des Reichsrechts, aufhörte. Das durch Elemente des *jus gentium* längst kosmopolitisirte Röm. Recht war nun alleiniges Reichsrecht, und wo sich in entlegenen Wüsten und Bergen und unter besonderen localen und klimatischen Verhältnissen noch unrömische Rechtsgewohnheiten erhielten, erschienen diese durchaus als particularrechtliche Ausnahmen.*

§ **327**] Das Andrängen fremder (barbarischer) Volksmassen an die Thore des Reichs und das Einströmen solcher über dessen Schwelle ist eine neue Erscheinung, welche im 3. Jahrh. hervortritt; die Geburtswehen einer neuen Zeit kündigen sich an, und die Mahnung von Außen gesellt sich zu den inneren Zeichen des Verfalls. In diesen allgemeinen Culturzusammenhang gehört das Colonat, eine neue Erscheinung im Rechtsleben der Alten und eine der Schöpfungen, welche aus der Paarung Römischer Factoren im Sinken und barbarischer Factoren im Aufsteigen entsprungen sind.

Bisher hießen *coloni* die *conductores praediorum rusticorum* im Unterschied von den *inquilini* (Wohnungsmiethern), s. z. B. *fr. 25. § 1. 2.* und *fr. 30. § 4. D. locati (19, 2)*, obwohl auch letztere im Zusam-

---

*) s. unten Kapitel XXX.

menhang mit Wirthschaftsgrundstücken vorkommen (s. z. B. *fr. 112. D. de legat. I.*); jenes deutet darauf hin, daß die Anfänge des späteren Colonats im Bereiche der Röm. Bevölkerung selbst zu suchen sind: Sklaven, welche auf den weiten Latifundien angestellt mehr oder minder selbständig wirthschafteten, mögen vielfach sich einem factischen Zustand der Freiheit angenähert und mit ihren Familien da gleichsam eingenistet haben; freie Bauern mögen sich unter den Schutz ihrer begüterten und angesehenen Nachbarn begeben und von ihnen sich und ihre Familien abhängig gemacht haben, und so wurden die freien Landeigenthümer zu unterthänigen Erbpachtern. Als nun halbcivilisirte Peregrinenmassen auf Römischen Boden zugelassen wurden, und ein Rechtsverhältniß für deren Ansiedlung zu begründen war, mochte der neue Typus des *colonatus* zum Bewußtseyn kommen, ein Mittelding zwischen Freiheit und Knechtschaft, welches vielleicht aus gallischen und germanischen Localgewohnheiten einen Theil seiner Nahrung zog. Noch schwebt ein gewisses Dunkel über Ursprung und Ausbreitung dieses spätrömischen, nicht mehr classischen, Gewächses, völlig gewiß ist nur dies, daß seit dem 4. Jahrh. n. Chr. es eines der allgemeinsten Lebens- und Rechtsverhältnisse im Röm. Reiche wurde, und daß zu seinem Wesen die radicale Zugehörigkeit der Familien zu bestimmten Grundstücken (*glebae adscripti*), sowie die persönliche Unterwerfung unter eine Kopfsteuer (daher *censibus adscripti s. tributarii*) gehörte.[10]

§ **229**] Die Neigung der Zeit war eine entschieden humanistische, und dies ist es eben auch, was hervortritt, wenn wir das Colonatverhältniß mit der alten Sklaverei vergleichen, denn es repräsentirte eine Wendung zur Freiheit, und zeigt, daß diese Periode nicht mehr die sklavenschaffende Kraft der Vorzeit besaß. Auch die Sklaverei selbst, die noch dem Christenthum gegenüber lange Stand hielt, erfuhr doch in dieser Zeit Milderungen.[11]

Je näher die Römer den Nationalitäten rückten, aus denen sie bisher ihre Hauptcontingente an Sklaven bezogen hatten, jemehr die Röm. Sitte in alle nahen und fernen Völkerschaften eindrang, und mithin das Gefühl des Rassengegensatzes schwand[12]: um so entschiedener mußte der alte Grundsatz wanken, daß eroberte, gefangene, erkaufte *hostes* nicht Personen, sondern nur Rechtsobjecte seien. Auch die Hauskinder waren ehemals privatrechtlich nur als Rechtsobjecte d. h. der Hausgewalt eines *paterfamilias* Unterworfene in Betracht gekommen, dann aber war der Begriff der *patria potestas* verfeinert und gleichsam civilisirt, zu einem lucrativen, industriellen Vermögensgewaltrecht gestaltet worden; ja man kam jetzt sogar dazu, daß (was namentlich durch Julian's Autorität festgestellt ward: s. *fr. 18. § 1. D. de judic. 5, 1* und *fr. 13. D. de O. et A. 44, 7*) man *filiifamilias* anstatt ihrer Väter als Kläger zuließ. So wurde auch hinter dem *dominium* die Idee einer (*dominica*) *potestas* an Sklaven hervorgeholt und damit anerkannt, daß ein Sklave noch in anderem und höherem Sinn Object eines Privatwillens seyn könne, als ein Ackerstier oder Reitpferd. Als nun aber die Idee

des *peculium* weiter ausgebildet, und es immer allgemeiner wurde, durch unterrichtete und geschickte Ober- und Untersklaven Güter zu bewirthschaften, Vermögensmassen zu verwalten und gar selbständige Handlungsgeschäfte zu betreiben, mußte der Sklave, der ehedem „ein Stück Hausrath" gewesen,[13] seinen Kopf mit Recht höher halten, und es war mit dem Satz, daß *servus nullum caput habet*, nicht mehr einfach auszukommen. So gelangte die Idee der Persönlichkeit, die bisher latent gewesen, zum Durchbruch, und was im Verfolg der ganzen culturgeschichtlichen Entwicklung eine Nothwendigkeit geworden war, erfuhr seine juristische Formulirung in dem idealen Satze, daß *jure naturali omnes homines liberi nascuntur et aequales sunt* (*Ulp. fr. 4. D. de J. et J.; fr. 32. D. de R. J.*). Dieser Satz war mit nichten ein vorübergehender, episodischer Einfall eines einzelnen Juristen, sondern die Spitze der ganzen damaligen fortschreitenden Welt- und Rechtsanschauung. Man hatte entdeckt, daß hinter dem zerbröckelten Recht der *gentes* noch ein kleiner zarter Kern absoluter über Raum und Zeit erhabener Rechtssätze, wie ein verborgner und nun zu hebender Schatz, aufbehalten sei*: nach diesem Recht sei auch der Sklave Person; und auf diese latente Persönlichkeit, die gleich der *obligatio in litem translata* nicht vernichtet, sondern nur unterdrückt oder zurückgedrängt war (Papin. in *fr. 50. § 2. D. de pecul. 15, 1*), ließen sich nun einzelne Rechtsverhältnisse fundiren (*obligationes naturales*), welche man in gewisser Weise zur Anerkennung zu bringen ein Interesse hatte; die *obligationes naturales* der Hauskinder und Sklaven sind eine Consequenz des *peculium*, und die classische Jurisprudenz hat diese Consequenz formulirt.

§ **329**] Weniger durch die Staatsdomänen, als durch den Tribut, dessen Gelder in die Staatscasse der Republik flossen, und durch das Besitzthum an Sklaven (*servi publici*), welche insbesondere für den Subalternendienst verwendet wurden,[14] war schon bisher die Idee der vermögensrechtlichen Persönlichkeit der *respublica* (*aerarium*) gegeben gewesen.** Die *servi publici*, längst in großer Anzahl vorhanden, bildeten unter den Sklaven eine eigene, bevorzugte Classe, und es scheint, daß die Principes, als sie ihren *fiscus* begünstigten, auch die *servi fiscales* an dieser Gunst theilnehmen zu lassen liebten; wir erkennen hierin zugleich eine der Bahnen, auf welchen die allgemeine Neigung zur Freiheit und Gleichheit fortschritt. Schon zur Zeit der Republik konnten die *servi publici* Grundbesitz des Staats zu eigner Bewirthschaftung zugetheilt erhalten; später ward ihnen sogar die Befugniß gewährt, über die Hälfte ihres etwaigen Peculium letztwillig zu disponiren (*Ulp. fragm. 20, 16*), und sie mögen namentlich die Erbschaften, welche als entrissene, confiscirte oder vacante Güter dem Fiscus zufielen und von diesem nicht sofort verkauft wurden, zu reguliren gehabt haben. Uebrigens wurden die, welche als Steuerbeamte in den Provinzen fungirten, in strenger Disciplin gehalten: durch ein Edict Trajan's war ihnen bei

---

*) s. Cursus § 43. u. Excurse S. 31, 32. **) s. oben § 192.

Geldstrafe untersagt, ohne Autorisation des Procurator sich in Vertragsverhältnisse mit den Provinzialen einzulassen (*Fragm. de jure fisci* § *6*).

Die geregelte Finanzverwaltung, welche für den Fiscus der Kaiser ausgebildet wurde und die directe oder indirecte Beziehung desselben auf die Person des jeweiligen Kaisers, der, wie ein Private durch seinen Procurator, sich durch seine Finanzbeamten vertreten ließ, führten dazu, daß die Vorstellung vom Fiscus als einer vermögensrechtlichen Person, welche in den Privatverkehr eintrete und eingreife, wie jede andere Person, sich befestigte.[15] Zwar daß, wer sich durch Verfügungen der Census- und Aerarialbeamten beschwert meinte, reclamiren und klagen könnte, war auch früher unzweifelhaft (*l. 5. C. Theod. de censu 13, 10*), aber diese Rechtsmittel hatten mehr das Ansehn administrativer Beschwerden; erst beim Fiscus wird dieser Karakter völlig abgestreift. Nerva setzte eine eigene Prätur für Rechtsprechung unter Fiscus und Privaten ein (*fr. 2.* § *32. D. de O J. 1, 2*), Trajan sprach aus: *emit fiscus, quidquid videtur emere* (*Plin. Paneg. 29*), und die fortschreitende Wissenschaft klärte den Begriff zur völligen Reinheit ab. Es stand nun neben dem idealen Begriff der Unfreien, die doch *jure naturali* Persönlichkeit haben, der ideale Begriff des Fiscus als einer unleiblichen Person, die Subject eines Vermögenskreises ist, und wie die communalen *civitates* nach dem Typus Rom's formirt waren, so übertrug sich mit Leichtigkeit auch die Idee der juristischen oder corporativen Persönlichkeit auf die Colonien und Municipien, und es ward dann geläufig, selbst freien Vereinen (*collegia et sodalitia*) dieses Recht beizulegen (*corpus habere*); den *Augustalen* wurde frühzeitig Fideicommißerwerbsfähigkeit zugestanden.[16]

§ **330**] Mit dem Bisherigen ist der Umkreis der dem Gebiete der Rechtsfähigkeit angehörigen Erscheinungen geschlossen, insoweit er mit dem Bereich des *jus commune* zusammenfällt, es ist aber schon angedeutet worden,* daß, um das kaiserliche Interesse gruppirt, ein System neuer Anschauungen und Einrichtungen im Entstehen war, das *jus militare*. In demselben Maße, als das *jus Romanorum* durch Mischung mit den recipirten Elementen des *jus gentium* sich denationalisirte, durch Verbreitung der Civität vulgarisirte, und mithin der Gegensatz zum *jus peregrinorum* abkam, tauchte gleichsam an dessen Stelle ein neuer Gegensatz auf, der des *jus commune* (*s. privatorum s. paganorum*) und *jus militare* (*s. militum*). Dieses Militärrecht war gleichsam ein neues *jus proprium Romanorum*, ein über das gemeine Reichsrecht hervorragendes, und wie ehedem die *civitas Romana*, so galt jetzt die *militia Romana* als die Schutzwehr der Ordnung und Civilisation: die *milites* waren die Römer im eng. Sinn, und für sie bildete sich eine eigene Rechtsfähigkeit und eine eigene Rechtsordnung: freilich der Geist dieser neuen Rechtswelt war ein von dem altrömischen und nationalrömischen Geiste himmelweit verschiedner.

*) s. oben § 276.

Das Militär war gewissermaßen die Clientel oder Lehnsmannschaft des Principats geworden, und die Principes schienen zu wetteifern in der Ausstattung ihrer Mannen mit Privilegien aller Art. So sonderten sie dieselben aus der Masse der Einwohner und fesselten sie an die Interessen des Throns. Das zeigte sich jetzt schon in drei Punkten, indem 1) den *milites sui juris* die *libera testamenti factio* („*ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas*" *fr. 1. D. de test. mil. 29, 1*), 2) den *filiifamilias milites* selbständige Vermögenspersönlichkeit in Ansehung des *peculium castrense* (*Ulp. 20, 10; fr. 2. D. de Scto Mac. 14, 6*), und 3) den Legionskörpern die Rechte erwerbsfähiger juristischer Personen zugestanden wurden (*fr. 4. § 17. D. de fideic. libertat. 40, 5*). Dieses und was daran anknüpfte, ward dem Soldatenstand als solchem gegeben (*fr. 8. pr. D. de excus. 27, 1; fr. 40. D. de admin. tut. 26, 7*), der Soldatenwille gleichsam über das alte Recht erhoben (*legibus solutus*; z. B. *Gai. 2, 110. 285; fr. 13. § 2. D. de test. mil. 29, 1*), und noch gesteigert ward diese Tendenz durch den *favor veteranorum*, sowie dadurch, daß allmählich andere Stände zur Theilnahme an den Formen und Privilegien der *milites* herangezogen wurden, und so um das eigentliche *jus militare* sich der weitere Kreis eines *jus quasi militare* ansetzte, in welchem der größere Theil der Reichsbeamtenschaft Platz fand und ganz neue eigenthümliche Institute, wie das die mit den Coloni oft zusammengestellten Laeti zeigen, auftraten (s. *Exc. No. II.*). — In der Darstellung des Criminalrechts bei Paulus, welcher Schriften *de poenis paganorum* und *de poenis militum* schrieb, tritt die neue Theilung der Röm. Rechtswelt in die zwei Hemisphären als fast fertiges Bild vor Augen, und die nachclassische Zeit hat dann den festen Rahmen dazu geliefert.

Literatur: 1) Lange Röm. Alterth. I. S. 447. 598. — 2) Hoeck Röm. Gesch. I. 2. S. 317. I. 3. S. 269. 287. Walter Röm. G. I. § 353. — 3) Voigt das *jus naturale* u. *gentium* d. Röm. II. S. 730—749. — 4) Niebuhr Röm. Gesch. II. S. 92. Böcking *Gaii Institut.* (*ed.* 4. 1855) p. 32. Mommsen Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 400 ff. Voigt II. S. 724. Walter I. § 246. 318. Lange II. S. 112. Rudorff *De majore et minore Latio* (Berol. 1860) p. 13. 15. 19. 21—4. Dazu Zumpt *Studia Romana* (1859) p. 354 sq. u. Huschke Gaius, Kritik S. 3 ff. — 5) v. Vangerow Ueb. die *latini Juniani* (Marb. 1833). Puchta II. § 217. — 6) Walter I. § 108. Lange I. S. 598. — 7) Walter I. § 355. — 8) Marquardt Röm. Alterth. III. 1. S. 308. Voigt II. S. 32. 749. — 9) Bernhardy Röm. Literatur § 57. Marquardt III. 1. S. 308. Voigt II. S. 687. 786—8. 873—6. — 10) v. Savigny Verm. Schriften II. S. 1 ff. Zumpt Ueb. d. Entstehung und Entwicklung des Colonats i. Rhein. Mus. N. F. III. S. 1 ff. Voigt II. S. 886. Kuhn Städt. u. bürg. Verfassung d. Röm. Reichs I. S. 258 ff. — 11) Roßbach Unters. über d. Röm. Ehe (1853) S. 48. — 12) Marquardt III. 1. S. 307—9. — 13) Mommsen Röm. Gesch. I. S. 909. — 14) Dirksen Civilist. Abhandl. II. S. 322. — 15) v. Gosen i. d. Tüb. Zeitschr. f. d. gesammte Staatswiss. XXIII (1867) S. 545. — 15) Marquardt III. 1. S. 381.

XXX. Kapitel.

V. Privatsphäre.

§ 331] I. *Jus commune Romanorum.* Die Privatsphäre des Römers umfaßte die Stoffe des *jus civile*, *honorarium* und *naturale*,

welche eine praktische Einheit bildeten und im einzelnen Falle immer ineinanderspielend sich begrenzten und ergänzten. Der gemeinsame alle diese Stoffe bewegende Fortschritt folgte der Tendenz des Verkehrslebens, welche auf Freiheit und Bequemlichkeit ging.

Im Gebiete des Sachenrechts waren die Hauptaufgaben bereits gelöst, nur daß die Begriffe der *quasipossessio* und *quasitraditio*[1] zunächst für die Servituten, dann auch, *cum utilitas pignorum irrepserit* (*Ulp. fr. 14. § 1. D. de pec. const. 13, 5*), für die Hypothek entwickelt werden mußten, und überhaupt dem Realcredit eine Vervollkommnung zu erringen war, welche in diesen Zeiten, wo das persönliche Vertrauen täglich Schiffbruch litt, doppelt nöthig schien: dem Pfandrecht, in seiner Hauptanwendung auf Sachen, den soliden Karakter der Dinglichkeit zu verschaffen, ohne das elastische Band der „*obligatio rei*“ zu beschneiden, war eine würdige Aufgabe für die classische Jurisprudenz, und diese hat die Idee des Pfandrechts so weit ausgebildet, als es damals ohne die administrative Basis unsrer heutigen Territorialwirthschaft geschehen konnte.

Wenn wir hinzufügen, daß die Jurisprudenz auch der *rei possessio* und *rei traditio*[2] eine immer freiere Behandlung zu Theil werden ließ (z. B. *fr. 25. § 2. D. de lib. caus. 40, 12* und *fr. 47. D. de acq. poss. 41, 2*; *traditio longa manu* und *depositio in mea domo jussa: Cels.* in *fr. 18. § 2. D. de acq. poss. 41, 2*), und daß sie, wie es scheint, die Idee eines hinter der publicistischen Qualität der *res publicae* latenten Eigenthums (Ulp. in *fr. 1. pr. D. de interd. 43, 1* u. *fr. 2. § 17. D. ne quid in loco publ. 43, 8*), sowie die Idee der sachlichen Einheit einer Heerde entwickelte (Pomp. in *fr. 30. § 2. D. de usuc. 42, 3*, und Ulp. in *fr. 70. § 3. D. de usufr. 7, 1*) oder zu entwickeln einen entschiedenen Anlauf nahm: so gewinnen wir einen Eindruck von der auch dieses Gebiet durchströmenden Bewegung.

§ **332**] Das Obligationenrecht anlangend, so galt es zunächst, die *stipulatio*, welche das allgemeinste Verkehrsorgan war und nun auch unter Peregrinen den Handschlag und das Handgeld leicht ersetzen konnte, freier zu gestalten; dies geschah, indem 1) ihre Anwendung auf das weite Gebiet des *incertum* erstreckt und so die Befestigung der Pacht-, Mieth-, Societäts- und Bevollmächtigungscontracte durch die Stipulationsclausel ermöglicht, und 2) die Sitte, auch in Contractsurkunden (*instrumenta, chirographa*) diese Clausel aufzunehmen (*cautiones* im engern Sinn), begünstigt wurde: letzteres geschah durch Aufstellung der (namentlich von Paulus vertretenen: *Sent. rec. V, 7, § 2; fr. 38. D. de O. et A. 44, 7; fr. 134. § 2. D. de V. O. 45, 1*) Stipulationspräsumtion bei *epistolae inter praesentes emissae*.

Eben so wichtig war, daß neben der geschlossenen Zahl von Real- und Consensualcontracten seit Labeo[3] das System der s. g. Innominatcontracte, d. h. die für den Verkehr äußerst folgenreiche Idee entwickelt wurde, jeder auch formlose Vertrag werde bindend, sobald er von der einen Seite erfüllt (die Erfüllung vom anderen Theil ange-

nommen) sei: dieser Satz füllte den leeren Raum neben der beschränkten Anzahl der consensualen Vergütungsgeschäfte aus, indem er ein den Realcontracten verwandtes Moment zur Geltung brachte (Verpflichtung durch herbeigeführte reale Vermögensveränderung).

§ **333**] Die wichtigsten Contracte des Verkehrs, welche längst schon durch civilrechtliche Klagen geschützt waren, erfuhren jetzt unter der feinfühlenden Hand der Jurisprudenz erhebliche Verfeinerungen. Das *mutuum* ward auf solche Fälle ausgedehnt,[4] da nicht ein unmittelbarer Eigenthumsübergang stattfand (*Ulp. fr. 15. D. de reb. cr. 12, 1*), das *depositum* auf darlehnsähnliche Verhältnisse übertragen (*dep. irregulare*: *fr. 26. § 1. D. depos. 16, 3*), das *commodatum* für anwendbar auf Immobilien und das *jus habitationis* erklärt (*fr. 1. § 1. D. commod. 13, 6*). Nach Julian stellte sich der Rechtssatz fest, daß schon mit der einfachen Perfection der *emtio venditio* das *periculum* auf den Käufer übergehe,[5] und überhaupt entfaltete die Jurisprudenz den Kauf als Liefergeschäft und Creditkauf, sowie mit Rücksicht auf die verwickelte Rechtsfrage der Evictionsleistung in umsichtigster Weise. Seit Labeo erkannte man, daß in dem Bereiche der *locatio conductio operarum* ein engerer Sonderkreis, bestimmt durch die Idee der *universitas consummationis* (ἀποτέλεσμα), zu markiren sei, worin ein offenbarer Fortschritt in der Anerkennung des gestaltenden Gedankens als einer wirthschaftlichen Potenz und eine der neuen (Proculianischen) Specificationstheorie verwandte Anschauung enthalten war (*fr. 5. D. de V. S.; fr. 51. § 1. D. locati 19, 2*). Vom Mandat ward die neben der stipulatorischen *fidejussio* wichtige Anwendung des *mandatum credendi* (*qualificatum*) gemacht (*fr. 12. § 13. 14. D. mand. 17, 1*). Endlich zeigt auch die *societas* einen Fortschritt zu liberalerer und elastischer Gestaltung auf Grund einer zuerst von Serv. Sulpicius ausgesprochenen Ansicht, daß verschiedene Gewinn- und Verlustraten der Gesellschafter vereinbart werden könnten (*§ 2. J. de societ. 3, 25*).

Außer den eigentlichen Contractsobligationen können die *actio negotiorum gestorum* und die *actio ex lege Aquilia* als solche angeführt werden, an denen das feinere Rechtsbewußtseyn dieser Zeit sich vornehmlich erprobte.

§ **334**] Der Organismus der *Obligatio*, scheinbar so spröde, ward nach den verschiedenen Richtungen hin, welche von dem Verkehrsbedürfniß gefordert schienen, in freiester Weise ausgebildet. So ward jetzt zugelassen, daß auch freie, d. h. nicht untergebene Personen (*extranei*) als *institores tabernae* und *magistri navis* den *dominus negotiationis* vertreten d. h. verpflichten konnten (*actiones adjecticiae qualitatis*), und man gewöhnte sich allmählich selbst an den Gedanken einer Berechtigung durch freie Stellvertreter (mittels *utilis actio*). Analog war die Entwicklung des Cessionsinstitutes durch Feststellung des Denuntiationsactes und Gewinnung der Idee, daß der Cessionar (*procurator in rem suam*) *utiliter suo nomine* klagen könne, was wohl schon von Antoninus Pius angenommen (*fr. 16. pr. D. de pact. 2, 14*), dann von

Severus Alexander (*l. 9. C. de procur. 2, 13*) umschrieben und von Ulpian (*fr. 55. D. de procur. 3, 3*) entschieden ausgesprochen wurde.

In ganz besonderer Weise wußte man nun auch die Verkehrszwecke des *ususfructus* und *pignus* auf das Gebiet der Obligationen, in denen jetzt ein großer Theil des Privatvermögens bestand, zu übertragen. Der *ususfructus nominis* und das *pignus nominis* nebst seinem Anhange, dem *subpignus*, gehören zu den interessantesten Geschöpfen, welche aus der Römischen Verbindung von Theorie und Praxis entsprangen, und, obschon lebendige Realitäten, uns noch heute ein theoretisches Problem sind.

Nicht minder war es „eine große That der classischen Jurisprudenz", das accessorische Schuldmoment der *mala fides, culpa, mora* und des *dolus* gleichsam in die organische Complexion der Obligatio aufgenommen und civilistisch individualisirt,[7] sowie die *aequitatis vincula* (Papin. in *fr. 95. § 4. D. de solut. 46, 3*) zu *obligationes naturales** consolidirt zu haben. Es scheint, daß die Idee der klaglosen Obligation noch dem Sabinus fremd war, dann durch Julian's Autorität festgestellt (*fr. 10. D. de O. et A. 44, 7*) und erst von Ulpian[8] vermöge Zulassung der Compensation vervollkommnet wurde (*fr. 6. D. de comp. 16, 2*).

§ **335**] Es gibt Verhältnisse, in denen vervielfachte und eigenthümlich verschränkte Qualitäten und Existenzen auftreten, welche nicht unter einfache juristische Kategorien gebracht werden können. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Mensch verschiedene Geschäfte gleichzeitig betreibt und an mehreren Orten so sich aufhält, daß man nicht sagen kann, er habe nur an Einem seinen Wohnsitz: dann scheint sich die Persönlichkeit zu verdoppeln, aber *difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat* (*Paul. fr. 9. pr. D. de pact. 2, 14*). In der That hatte Labeo sich solchenfalls für keinen der Orte entscheiden können, Celsus aber hatte nur Einen Ort (*existimatione animi*) angenommen, endlich Ulpian und Paulus entschieden sich für Pluralität der Wohnsitze (*fr. 5. 27. D. ad munic. 50, 1;* dazu *fr. 17. § 3. eod.; fr. 11. D. de Senator. 1, 9*), was offenbar ein Fortschritt und den verwickelten Verkehrsverhältnissen angemessen war. Das gleiche Interesse besteht in unserem heutigen Handelsrecht.

§ **336**] In dem angeführten Falle spaltet sich gewissermaßen die eine Person in eine Mehrheit; es können aber umgekehrt auch mehrere Personen in einem solchen Bezug zu einander stehen, daß sie in gewisser Hinsicht eine Einheit zu bilden scheinen, und für die Wissenschaft die Aufgabe erwächst, das vermögensrechtliche Band der Mehreren, das zugleich Einheit und Vielheit zu seyn scheint, rechtlich zu gestalten und treffend zu formuliren. Ich denke hier namentlich an drei Vermögenscomplexe, welche von den Röm. Juristen häufig zusammengenannt werden: *dos, peculium* und *hereditas*.** Wie stehen in Betreff der-

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. II. **) s. Excurse zu diesem Kapitel No. II.

selben Gatte und Gattin, Vater und Sohn oder Herr und Sklave, Erblasser und Erbfolger neben und zu einander? Sie sind getrennte Personen (*jure civili*, bez. *naturali*) und bilden doch gewissermaßen und sollen auch bilden eine ungetheilte Gesammtpersönlichkeit.

An der *dos* hatte die Gattin ein während der Ehe schlummerndes, der Gatte ein praktisch wirksames Recht, welches dem bonitarischen Eigenthum verwandt gedacht werden konnte, wenigstens scheint Tryphonin (*fr. 75. D. de jure dot. 23, 3: quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*) an diesen Vergleich gedacht zu haben, während in der früheren Jurisprudenz keine Formel für das Verhältniß gegeben war. Das *peculium*, anfangs identisch gedacht mit dem dasselbe äußerlich bildenden Sachenaggregat, ward zur Idee einer dem *patrimonium* analogen Peculiarsphäre entwickelt und in einer Weise ausgebildet, daß darin die Idee einer wenn auch abhängigen, doch relativ eigenen Peculiarsphäre zur Geltung kam: was im Hintergrunde jenes verschleierten Ausspruchs des Papirius Fronto „*peculium simile esse homini*" (*fr. 40. D. de pecul. 15, 1*) angedeutet liegt. Endlich verdankte das Recht dem Julian, dessen Verdienst unzweifelhaft auch das *Sctum Juventianum* und die *clausula Edicti de conjungendis cum emancipato liberis ejus* war, das namhafte Dogma von der *hereditas jacens*, womit erst die ganze Röm. Erblehre ihren inneren Abschluß erhielt.

§ **337**] Es fällt von dem letzten Dogma aus helles Licht auf manche andere Erscheinung. Insofern in der *hereditas jacens* ein Spannungsverhältniß gesetzt ist, konnte sie eine Schwesterfigur der (ungefähr gleichzeitig entwickelten) Theorie des *judicium pendens* genannt werden. Die Idee der Universalsuccession hatte nunmehr eine feste und breite Basis, auf welcher zugleich auch genügender Halt gewonnen war für die schwierige Construction der verwickelten Rechtsfiguren der *heredis institutio ex re certa* und des eigentlichen *praelegatum*, wobei es sich um nichts Geringeres handelte, als den Conflict der Universal- und Singularsuccession angemessen zu lösen.

Wir treffen in diesen Constructionen den Tact der Juristen auf der Höhe der Meisterschaft, und wir müssen diese principmäßigen Constructionen um so mehr bewundern, da dieselben Juristen zugleich bei der Ermittlung der individuellen Intentionen der *ultima voluntas* mit der zartesten Aufmerksamkeit verfuhren und dem casuistischen Detail unermüdlich nachspürten. In den verschiedensten Richtungen sicherten sie dem Testator, was er verordnete, durch Sonderung der Legatsarten, Anerkennung der Erbfolgegruppen (betreffs der Accrescenz und Vertheilung), Ausbildung des Universalfideicommisses. Die *ultima voluntas*, der Gipfel der Privatsouveränetät eines Röm. *paterfamilias*, war die vornehmste Domäne der hermeneutischen Jurisprudenz, wo dieselbe Aehnliches geleistet hat (*Dig. lib. 33* u. *34*), wie der germanische Individualisirungstrieb in der gesetzlichen Erbfolge.[9]

§ **338**] Das *jus naturale*, welches in den Obligationen und dem Peculium Gewaltuntergebener zu Tage trat, kam auch sonst in viel-

fachen Erscheinungen zum Durchbruch. Auf dem *jus naturale* beruhte die reine Cognation; diese war im prätorischen Edict nur sehr unvollkommen, in der 3. Classe der Erbfolger (*unde cognati*), zur Geltung gekommen, erst das in dem *Sctum Tertullianum* und *Orphitianum* durchdringende neue Civilrecht[10] verschaffte der Descendenz und Adscendenz schlechthin als solcher einen Erbtitel. — Neben der auf *jus civile* gegründeten Ehe errang sich der gleichfalls auf dem *jus naturale* basirende, unserem Begriff der Mißheyrath analoge *concubinatus* eine rechtliche Anerkennung, welche auch den Kindern (*libri naturales* im eigentl. Sinn) zu Gute kam; das daneben entwickelte *contubernium* (*Paul. Sent. rec. 2, 19. § 6*) gehört derselben Sphäre an.

§ **339**] Die Röm. Juristen, wie sie theils die Edicts- und theils die Sabinus- d. h. Civilmasse durch ihre schriftstellerischen Arbeiten entfalteten und glätteten, bemächtigten sich allmählich auch der Institute des im Bereiche des materiellen wie des formellen Rechts entstehenden *jus novum s. extraordinarium*, seitdem Aburius Valens durch seine Monographie über Fideicommisse den Anfang damit gemacht hatte. Eine systematische Gesammtdarstellung erhielt allerdings diese dritte, fast ganz in casuistischer Form und ohne festen historischen Grundstock emporschießende, Masse nicht, sie mag vorzugsweise (außer in einzelnen Monographien, z. B. über Fideicommisse und Fiscalprivilegien) in den freien Abhandlungen, welche als *Quaestiones*, *Responsa*, *Disputationes*, *Opiniones* betitelt waren (vergl. Papinian's und Ulpian's literarische Thätigkeit), bez. in solchen Werken, wie Callistratus' *libri VI de cognitionibus* (d. h. über das processuale *jus extrao.*), sowie zuletzt in den Commentaren über Papinianische Schriften zur Geltung gekommen seyn. Paulus, der in seinen *Sententiae* das *jus civile*, *honorarium* und *extraordinarium*, insoweit es nicht *controversum* war, zusammenstellte, behandelte das *extraordinarium* im letzten (5.) Buch,[11] und damit war die Gleichberechtigung desselben als eines 3. Theils, und die neue Trichotomie des Privatrechts festgestellt, wie sie z. B. von Ulpian in *fr. 10. D. de V. S.* rücksichtlich der *actiones* anerkannt wird: „*ex quacunque actione, vel jure civili, vel honorario vel extraordinario*“: woraus wir zugleich ersehen, daß das *jus naturale* nicht zu dem *extraordinarium* gerechnet wurde.

§ **340**] II. *Jus militum.* Während das *jus gentium*, insoweit es nicht im Edict oder im neueren *jus civile* und *naturale* Eingang fand, in den Hintergrund trat und nur in localen Bruchstücken und unerheblichen Reminiscenzen fortlebte,* begann aus der casuistischen Masse des *jus extraordinarium* ein ausgezeichnetes Stück mit ganz besonderer Triebkraft hervorzuragen, das *jus militum*. Das Eigenthümliche desselben war, daß es sich neben, aber nicht im Gegensatz zu dem *jus commune privatorum* feststellte: es konnte nicht Jemand zugleich *civis* und *peregrinus*, aber wohl *privatus* und *miles* seyn, und also gleichsam eine Doppelpersönlichkeit (vergl. *fr. 17. § 1. D. de test. milit. 29, 1*) an-

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. III.

nehmen. Als *privatus* war er dem *jus commune* unterworfen, als *miles* hatte er die *privilegia militiae*. Vergl. oben § 330.

Diese Privilegien betrafen hauptsächlich das testamentarische Erbrecht: die *voluntas militis* (*suprema*) war hier gewissermaßen *legibus soluta* und dem Gesetzgeber gleichgestellt. Außerdem war das *jus militiae* für die *filiifamilias* wichtig, welche als *milites loco patrisfamilias* galten, d. h. die *militia* hatte für sie nicht die Bedeutung der Emancipation, aber ihr *peculium castrense* gehörte ihnen frei. Die Jurisprudenz wußte den Conflict, der sich hier anzukündigen schien, dadurch zu überwinden, daß sie die Peculiareigenschaft nur als eine schlummernde faßte, die gleichsam *jure postliminii* erwachte, wofern der *filiusfamilias miles intestatus* starb (*fr. 9. 15. § 2; fr. 19. § 3. D. de castr. pec. 49, 17*).

Literatur: 1) Schmidt in Bekker's Jahrbuch d. Civilr. III. S. 248. 257. — 2) Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren S. 294. 312. v. Scheurl Beiträge zur Bearbeit. d. R. R. (1853) I. S. 208—214. — 3) Voigt Die *condictiones ob causam* S. 463—5. — 4) Ihering Geist d. R. R. II. S. 351. 383. Römer D. bedingte Novation S. 10. — 5) Reatz i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XV. (1858) S. 377ff. — 6) Kuntze D. Obligation u. Singularsucc. S. 39. Windscheid D. *Actio* d. R. Civilr. S. 125ff — 7) Ihering D. Schuldmoment im R. Privatr. (Festschrift, Gießen 1867) S. 21. — 8) v. Scheurl *l. c.* S. 172. Schwanert D. Naturalobligation d. R. R. (1861) S. 218. 239. Dernburg Pfandrecht II. (1864) S. 576. — 9) v. Gerber System d. deut. Privatr. § 248. — 10) Köppen System d. Röm. Erbrechts I. S. 30—5. — 11) Rudorff R. Rechtsgesch. I. § 75. S. 193.

XXXI. Kapitel.

VI. Rechtspflege.

§ 341] A. **Der ordentliche Civilproceß.** I. Gerichtsverfassung. 1) Proceßbehörden. Die republikanischen Jurisdictionsmagistrate* erhielten sich in der Kaiserzeit (*Gai. 1, 6*); neu war die Bestimmung der *lex Julia judic. privat.*, daß die Streitenden beliebig auf den *Praetor urb.* oder *peregr.* compromittiren durften (*fr. 2. § 1. D. de judic. 5, 1*), und selbstverständlich fiel der letztere seit Caracalla** weg. — Für gewisse Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich Vormundschaftssachen, erhielten theils die Consuln, theils der durch Marc Aurel eingesetzte *Praetor tutelaris* Competenz (*Suet. Claud. 22; Capitolin. Marc. 11; fr. Vatic. § 173. 232; fr. 6. § 13. D. de excus. 27, 1*). — Von den neu eingesetzten kaiserlichen Beamten waren es die *Praefecti Urbi*, *annonae* und *vigilum*, welche eine beschränkte Civilcompetenz, nämlich für Streitsachen, welche unmittelbar mit ihrem Polizeiressort zusammenhingen, erhielten (*fr. 1. D. de off. Pr. U. 1, 12; fr. 8. D. quod cum eo 14, 5; fr. 56. § 1. D. de furt. 47, 2*).[1]

Auch die Jurisdiction der italischen Municipalmagistrate erhielt sich ungeschmälert, bis Hadrian und dann Marc Aurel† Oberbeamte (*Consulares-Juridici*) einsetzten.[2] In den Provinzen vereinigten, wie bisher, die Statthalter alle Zweige der Jurisdiction in ihrer Hand,

*) s. oben § 219. **) s. oben § 325. †) s. oben § 289.

indem nur die Quästoren in den Senatsprovinzen und die Fiscalprocuratoren in allen Provinzen daneben, jene für die Polizeijurisdiction, diese für die Fiscaljurisdiction competent waren (*Gai. 1, 6; Suet. Claud. 12*). — Bevorzugte Provinzialstädte* hatten eine mehr oder weniger selbständige d. h. von den regelmäßigen Gerichten der Statthalter eximirte Jurisdiction.[3]

§ 342] Neben und über alle diese Autoritäten trat die des Princeps, welcher vermöge seines Imperium in erster Instanz über alle Sachen erkennen, oder aber dieselben außerordentlichen Commissarien überweisen konnte. Auch die republikanischen Beamten behielten das Recht, ihre Jurisdiction zu mandiren** (*Tit. Dig. 1, 21*), allein der kaiserliche Einfluß machte sich auch hier geltend, und die kaiserlichen Statthalter hingen gänzlich davon ab. Daß der Princeps selbst seine Jurisdiction in größerem oder geringerem Umfange Anderen überwieß (*delegatio*), kam immer häufiger vor, und viele so übertragene General- und Specialjurisdictionen, so die des *Praefectus Urbi*, der Consuln und Prätoren, wurden später stehend (*Suet. Claud. 23*).[4]

Den republikanischen Magistraten ward die Criminalgewalt (*gladii potestas*) entzogen, den *Praefecti Urbi* und *Praetorio* sowie den Statthaltern ertheilt: daher unterschied man jetzt *imperium* und *potestas* so, daß die letzteren Amtsgewalten insonderheit als *potestates* bezeichnet und neben den *magistratus* genannt wurden (*Suet. Claud. 23; fr. 3. § 3. D. de recept. 4, 8*).

Die ursprünglich allgemeine Competenz der Prätoren ward auf die Stadt und deren nächsten Umkreis eingeschränkt (*fr. Vat. § 205. 232: urbica dioecesis*) und die Competenz aller kaiserlichen Beamten in Italien und den Provinzen war von Anfang her eine räumlich beschränkte, so daß nur des Kaisers (bez. später seines Stellvertreters, des *Praefectus praetorio*) Jurisdiction sich über das ganze Reich erstreckte.[5]

Gewisse Magistratsbefugnisse endlich kamen den *Decemviri litibus judicandis* zu, insofern sie, außer einer Theilnahme am Vorsitz in den Centumviralsitzungen, seit Augustus auch die besondere Aufgabe hatten, die Centumviralhöfe† zu bilden und zusammenzurufen (*Suet. Oct. 36; Quinctil. Inst. or. 12, 5, 6; Dio C. 54, 26*).††

§ 343] Das Institut der geschwornen Einzelrichter, welches jetzt durchaus die Regel bildete, wurde durch Augustus wesentlich reformirt: er schuf durch seine *leges Juliae judiciariae* für Civil- (wie Criminal-) Sachen drei *Decuriae judicum* aus Senatoren und Rittern (mit 400,000 Sest. Census, = *quadringenarii* = 20,000 Thlr.) und fügte eine vierte Decurie Plebejer (mit 200,000 Sest. Census, = *ducenarii*), Caligula noch eine fünfte solche Decurie, für geringere Civilsachen, hinzu (*Plin. H. N. 33, 7. 8; Suet. Oct. 29. 32*, und *Calig. 16; fr. Vatic. § 197. 198.*)[6]

Die Namen der in die Decurien Aufgenommenen kamen in das officielle *Album judicum*, welches alljährlich vom Princeps revidirt

*) s. oben § 294. **) s. oben § 220 a. E. †) s. unten § 351. ††) s. Excurse S. 92. 96.

ward. Das Richteramt war ein *munus publicum* und unübertragbar (*fr. 78. D. de judic. 5, 1*); es gab Gründe der *excusatio* und *vacatio* (*fr. Vat. § 197; tit. Dig. de vac. et exc. mun. 50, 5*); nur Röm. Bürger von wenigstens 20 Jahren (mit italischem Wohnsitz) konnten eintreten; junge Männer begannen damit ihre Thätigkeit. Für den eigentlichen Dienst wechselten die Decurien ab; der Prätor berief sie für die ordentlichen Gerichtstage (*actus rerum*) ein; auf dem Forum war ihnen ein bestimmter Raum (Lokal) angewiesen (*Suet. Oct. 29; Plin. Ep. 1, 20*). — In den italischen Landstädten geschahen die Einrichtungen nach dem Muster Rom's; hier lag das *munus judicandi* zunächst den Decurionen ob, doch wurden auch Plebejer in die Listen aufgenommen. In den Provinzen hatten die Statthalter oder deren Stellvertreter die Bildung der Geschwornenlisten in der Hand (*Plin. Ep. 10, 66*).[7]

§ **344**] 2. Proceßausstattung. Die äußere Gestalt der Gerichtsverhandlungen anlangend, so ward jetzt eine Hinneigung zur Nichtöffentlichkeit und Schriftlichkeit bemerkbar, indem die Sitzungen vom freien Forum in Lokale gezogen und die Verhandlungen immer ausführlicher protokollirt wurden (*acta conficere — fr. Vatic. § 112; fr. 13. D. quod met. c. 4, 2*).[8]

Die Sitte der Zuziehung von Beirathern* (*cum consilio colloqui*) behielten die Magistrate und in den ersten Zeiten auch die Spruchrichter bei (*Plin. Ep. 1, 5. 20; 10, 19; Gell. 12, 13; 14, 2*); selbst Kaiser, welche die Republik affectirten, gerirten sich als *assessores* (*Tac. Ann. 1, 75; Spartian. Hadr. 9*). Es kam aber allmählich auf, daß eine Anzahl solcher Beisitzer von jedem Jurisdictionsmagistrat gehalten und besoldet werden mußte (*Assessores, Comites*): diese Assessur ward nun eine Vorschule der Staatsämter (*fr. 1. § 8. D. de extrao. cogn. 50, 13; Spartian. Pesc. Nig. 7*).

Das republikanische System der Gerichtszeiten wich den neuen Einrichtungen, die seit August's *leges judiciariae* getroffen wurden: die regelmäßige Gerichtszeit im Jahre (*actus rerum*) ward durch genaue Begrenzung der Frühlings- und Herbstferien festgestellt, von August um 30 Tage vermehrt, von Marc Aurel auf jährlich 230 Tage angesetzt (*Suet. Oct. 32; Capitol. Marc. 10*). Der Sonnenuntergang galt nicht mehr als unbedingter Endpunkt (*Suet. Oct. 33*).

Eine Neuheit war es, daß Augustus in der *lex* (*Julia*) *judic. priv.* der Proceßverzögerung einen Damm durch die Vorschrift setzte, daß auch die *judicia legitima*** nicht ins Unbegrenzte fortgesponnen werden, sondern in 18 Monaten erlöschen sollten (*exspirare, tempore amitti, perire Gai. 4, 104: quod vulgo dicitur, litem e lege Julia mori; fr. 3. D. de fer. 2, 12*).

§ **345**] 3. Die Proceßparteien anlangend, so ward jetzt in mancher Beziehung die Befugniß, in eigner Sache vor Gericht aufzutreten (*persona standi in judicio*), erweitert, indem z. B. Haussöhne, auch ab-

---

*) s. oben § 224. **) s. oben § 226.

gesehen von ihrem etwaigen *peculium castrense*, (wegen Emancipation, Alimentation, oder auch wegen Darlehns, Injurie u. s. w., falls der Vater abwesend war: *fr. 18. § 1. D. de judic. 5, 1; fr. 9. 13. D. de O. et A. 44, 7*) mit ihrer Klage zugelassen wurden.[9] Anderseits wurde aber auch die Befugniß, Klagen anzustellen und überhaupt Anträge an den Magistrat zu bringen (*postulare*), genauer geordnet und eingeschränkt: Personen unter 18 Jahren sollten überhaupt nicht, Frauen bloß in eignen Sachen und für nahe Angehörige, Ehrlose nicht als Stellvertreter (und nicht einmal als Cessionare) auftreten (*Tit. Dig. de postul. 3, 1* u. *de his, qui not. inf. 3, 2*).[10]

Wer klagen wollte, mußte an den Gerichtsstand des zu Belangenden gehen (*actor rei forum sequi debet: fr. Vat. § 325*), d. h. an das *forum originis*,* womit das *forum domicilii* (des bloßen *incola*) bez. das *forum delicti commissi* concurrirte. Außerdem stand es den Parteien frei, in ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung die Sache vor einen an sich nicht competenten Magistrat zu bringen (*forum prorogatum s. pacticium*, gewillkürter Gerichtsstand), denn *inter consentientes cujusvis judicis, qui jurisdictionem habet, est jurisdictio* (*Ulp. fr. 1. D. de judic. 5, 1*); eine stillschweigende Vereinbarung aber für das einzelne Schuldverhältniß ward in dem s. g. *forum** *contractus* (Erfüllungsort) angenommen (*fr. 19. § 2. eod.; fr. 3. D. de reb. auct. jud. 42, 5; fr. 21. D. de O. et A. 44, 7*).[11]

Es wurden die verschiedenen Functionen des Rechtsbeistands als *patronus* oder *advocatus*†† nicht mehr streng geschieden (s. z. B. *fr. 5. § 11. i. f. D. de reb. eor. 27, 9*), und daher nun diese Ausdrücke als gleichbedeutend gebraucht. Die Advocatur begann ein Erwerbszweig zu werden und ward immer allgemeiner für Geld (*honorarium*) betrieben, seitdem Claudius die Annahme eines Accordquantums bis 10,000 Sest. zuließ (*Tac. Ann. 11, 7; 13, 5*: Verbot des *palmarium* und der *quota litis! Quinct. XII, 7, 11; fr. 13. § 12. D. de extraord. cogn. 50, 13*).

§ 346] II. Proceßformel. Die Fassung derselben† blieb im Wesentlichen unverändert, doch ward es üblich, gewisse Einwendungen des Beklagten, welche früher als *praescriptiones* (*pro reo*) formulirt und mithin der Intentio vorausgestellt worden waren, als einfache *exceptiones* nun der Intentio nachzustellen; demgemäß hatte der Spruchrichter sie im Zusammenhang mit der ganzen Sache, d. h. nicht mehr vorgreiflich in besonderer *pronuntiatio*, sondern in der eigentlichen Haupt- und Schlußsentenz einschließlich zu erledigen (Gai. 4, 133). Seitdem wurden die Ausdrücke *exceptio* und *praescriptio* als gleichbedeutend gebraucht (z. B. in *fr. 12. D. de temp. praescr. 44, 3*), und Ulpian konnte die *exceptio* nun definiren als *exclusio ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est* (*fr. 2. D. de exc. 44, 1*).[13]

Dagegen kam jetzt ein anderer vor die Intentio zu stellender und daher als *praescripta verba* bezeichneter Formelpassus auf: d. h.

*) s. oben § 225. **) s. oben § 224. †) s. oben § 227—242.

ein Zusatz im Fall der Geltendmachung eines s. g. Innominatcontractes, dessen Umstände in der Demonstratio statt des mangelnden Rechtsterminus (*quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt: fr. 3. D. de praescr. verb. act. 19, 5*) dem einzelnen Fall gemäß beschrieben wurden (s. § 332). Die Klage, die ihrem Wesen nach eine *actio in factum civilis* war, hieß *actio praescriptis verbis* (*fr. 5. 20. 24. D. eod.*).

§ 347] III. Der processualen Stellvertretung* ward in mancher Hinsicht eine freiere Entwicklung zu Theil, was sich namentlich in der Ausdehnung der Procuratur zeigte. *Procurator* hieß bis in das 2. Jahrhundert fast ausnahmslos (s. *fr. 25. § 3. D. de aed. ed. 21, 1*) nur der Generalverwalter (so noch bei *Pomp. fr. 1. D. de procur. 3, 3*); seit Gaius aber kommen auch Specialbevollmächtigte für Processe (*procuratores litis*) vor, welche brieflich, formlos und in Abwesenheit des Gegners bestellt werden konnten und nun oft statt eines *cognitor* bestellt wurden (*Gai. 4, 84; Paul. S. R. I, 3. § 1.*). Im 3. Jahrhundert endlich ward ein genügend (sei es vor dem Magistrat oder dem Gegner) legitimirter *procurator* geradezu dem *cognitor* gleichgestellt (*fr. Vat. § 317. 331. 333*), und demgemäß durch seine Liticontestation die Klage consumirt (*fr. 11. § 7. D. de exc. rei jud. 44, 2*; *fr. 23. D. de adm. tut. 26, 3; fr. 56. D. de judic. 5, 1*).[14]

§ 348] IV. Gerichtsverfahren. Die Einleitung des Verfahrens durch Interdict** kam allmählich fast ganz außer Gebrauch, indem meist die vom Prätor unmittelbar aus der Rechtsverletzung gewährte *actio in factum* (ohne Sponsionen) angestellt wurde (*Gai. 4, 139; fr. 7. D. ne quid in loc. publ. 43, 8*).[15]

Statt der *in jus vocatio* war in den Provinzen vielfach schon vorgekommen, daß Kläger dem Beklagten eine schriftliche Anzeige der beabsichtigten Klage für einen gewissen Termin zustellte (*dicam scribere, litem denuntiare*), oder auch den Magistrat anging, den Beklagten direct vorzufordern (*evocare*). Namentlich der erstere Weg (*litis denuntiatio*) ward seit Hadrian und Marc Aurel auch in Rom und Italien üblich, und seitdem die alte *in jus vocatio* immer mehr verdrängt (*fr. 1. D. de fer. 2, 12; fr. 7. D. de inoff. test. 5, 2*).[16]

Der Satz *confessus pro judicato est*† ward namentlich seit Marc Aurel immer entschiedener durchgebildet; es konnte nun — was früher wegen möglichen Widerrufs nicht unbedingt zulässig war — falls der *confessus* nicht (bis zu bestimmtem Termine) leistete, sofort oder nach erfolgter Schätzung Execution ausgebracht werden (*fr. 56. D. de re jud. 42, 1; fr. 6. § 2. D. de confess. 42, 2*).[17]

§ 349] Die Litiscontestation†† bleibt der eigentliche Angelpunkt des Verfahrens und kann als Criterium des ordentlichen Civilprocesses im Unterschied der *extrao. cognitio* gelten. In neuer und feiner Weise aber verarbeitet nun die Jurisprudenz den Proceßorganismus und formulirt danach auch die karakteristischen Wirkungen jener in prägnantester Weise, indem sie die schon durch die altnatio-

*) s. oben § 243. 244. **) s. oben § 205. 206. †) s. oben § 251. ††) s. oben § 253.

nale Anschauung vom Judicium als einem *negotium* vorbereitete Idee der Proceßobligation[18] durchbildete, und demgemäß die alten (unbehülflichen) Parömien eleganter formulirte.* Es ergab sich hieraus, daß durch Lit.-Cont. 1) die *obligatio in litem deducta* gewissermaßen aufgezehrt (civile, bez. prätorische Consumtion), 2) aber zu Gunsten des Klägers nicht radical aufgehoben, vielmehr eigentlich von der neuen Proceßobligation in sich aufgenommen und so umgebildet und verjüngt (*inclusio in judicium*), und 3) mit Hinblick auf Beklagten dessen Verbindlichkeit nicht schlechthin, sondern abhängig von der künftigen Sentenz gestellt werde (*lis pendens*). Diese drei Proceßdogmen aber ließen sich in der Vorstellung einer qualificirten (d. h. conservativen und bedingten) Novation zusammenfassen (*fr. 11. 29. D. de nov. 46, 2; fr. 8. § 3. D. de fidej. 46, 1*).**

§ 250] Das Urtheil anlangend so ward über die Art der Proceßerledigung im Fall einer Befriedigung des Klägers in der Zeit zwischen Lit.-Cont. und Urtheil unter Proculianern und Sabinianern gestritten, indem Erstere solchenfalls nur bei freien Klagen (*arbitrariae, bonae fidei actt.*) die formelle Möglichkeit einer *absolutoria sententia* anerkannten, die Sabinianer dagegen den billigen Satz vertraten, alle, auch die Delicts- und strengen Contractsklagen*** trügen die Möglichkeit einer nachträglichen Freisprechung in sich (*omnia judicia esse absolutoria: Gai. 4, 114; § 2. J. de perp. act. 4, 12*).[19]

Einen Instanzenzug und damit die Füglichkeit, ein gefälltes Urtheil durch Berufung an einen höheren Richter (*appellatio*) anzufechten, finden wir zuerst in dieser Periode.[20] Die Appellation ging vom delegirten Richter an den Deleganten,† vom Prätor oder Municipalmagistrat an den *Praefectus Urbi* bez. *praetorio*, bez. *Consularis*, von diesen endlich an den Princeps, welcher oberste Reichsinstanz war. Das Appellationsverfahren mit seinen Schriftformen, Fristen und Strafen war zur Zeit Marc Aurel's völlig entwickelt (*fr. 1. § 3 D. de appell. 49, 1*).

Bisher hatte der siegreiche Kläger die freie Wahl der Personal- und Realexecution gehabt,†† jetzt aber konnte zufolge der *lex Julia judiciaria* der Verurtheilte durch freiwillige (gerichtliche oder außergerichtliche) *cessio bonorum* die (mit Verlust der Ehrenrechte verbundene) Personalexecution abwenden (*Tit. Dig. de cess. bon. 42, 3*). Auch die universelle Realexecution erfuhr in der Praxis dadurch eine Beschränkung, daß seit Antoninus Pius eine neue Art von *pignoris capio* in Aufnahme kam, d. h. Specialexecution in einzelne Stücke des Vermögens (bis zur Deckung der Condemnationssumme und vermittelt durch die Idee eines *pignus in causa judicati captum: fr. 15. 31. D. de re jud. 42, 1; tit. Cod. si in causa jud. 8, 23*).[21]

§ 251] B. **Außerordentliches Verfahren.** I. Daß Processe zur Entscheidung vor Recuperatoren††† oder vor die Centumvirn* gelangten, kam auch jetzt noch vor, geschah aber immer seltner; dem-

*) s. oben § 254–6. **) s. Excurse zu diesem Kapitel No. II. ***) s. oben § 236. 237.
†) s. oben § 242. ††) s. oben § 264. †††) s. oben § 223. *) s. oben § 222. 257. 260.

gemäß erschien auch der Sacramentsproceß jetzt durchaus als Ausnahme. Es scheint das Verfahren desselben durch die *lex Julia jud.* vereinfacht (*subscriptio* statt *litiscont.*), der Geschäftsüberlastung durch Theilung des jetzt aus 180 Mitgliedern bestehenden Gerichtshofs in 4 selbständige Sectionen (*hastae*, *tribunalia*, *consilia*: *fr. 76. pr. D. de legat. II; Plin. Ep. VI, 33, 3*) begegnet und deren Competenz auf Erbschaftssachen eingeschränkt worden zu seyn.[22] Die Centumvirn versammelten sich in der *Basilica Julia*, werden noch von Paulus (*fr. 30. D. de lib. leg. 34, 3*) als thätiger Gerichtshof erwähnt und haben sich auch später noch längere Zeit erhalten.*

II. Außerdem begann jetzt ein ganz neues Proceßsystem (*extraordinaria cognitio***) sich zu entwickeln, indem in Fällen des *jus extraordinarium**** und auch sonst etwa wegen Dringlichkeit der Sache oder Behufs Umgehung der *pecuniaria condemnatio* der Instructionsmagistrat die Anordnung eines abgesonderten Judicium unterließ, also den ganzen Proceß selbst führte und entschied. Seitdem hießen die Magistrate auch *Judices*, und es bildete sich die bei Ulpian und Paulus vorkommende Bezeichnung der gewöhnlichen Privatrichter als *judices pedanei* (z. B. *fr. 1. § 6. D. de post. 3, 1*).[23] Solche Klagen wurden nicht als eigentliche *actiones* angesehen, sondern *auxilia* (*extra ordinem*), *persecutiones* oder *petitiones extraordinariae* genannt; von Formula und eigentlicher Litiscontestation konnte dabei nicht die Rede seyn.[24] Aus ihnen ging der Ordinarproceß der nachclassischen Zeit hervor, welcher zuerst durch Diocletian einige Durchbildung erfuhr.†

Literatur: 1) Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XV. S. 254. v. Bethmann-Hollw. Röm. Civilproc. II. S. 53. — 2) Ders. II. S. 65—70. Rudorff R. Rechtsgesch. II. § 4. — 3) v. Bethmann-H. II. S. 70—78. — 4) Ders. II. S. 45. 90. 97. 100. 110—2. — 5) Ders. S. 116. — 6) so Ders. S. 60; anders Puchta Curs. I. § 88. u. v. Keller Röm. Civilproc. § 10. — 7) v. Bethm.-H. S. 70. 76. 458. — 8) Ders. S. 180. Rud. II. § 16. — 10) Ders. II. § 18. — 11) v. Bethm.-H. II. S. 120—130. — 12) Ders. S. 205. 590. Rud. II. § 13. — 13) v. Bethm.-H. II. S. 399. 403. Rud. II. § 33. — 14) v. Bethm.-H. S. 420—4. 436. Bekker process. Consumtion S. 156. — 15) v. Keller Civilpr. § 76. Schmidt Interd.-Verf. S. 306—311. 319. Rud. § 61. v. Bethm.-H. S. 349. — 16) Ders. S. 201. Rud. § 65. — 17) v. Bethm.-H. S. 548. — 18) v. Keller § 62. Rud. § 80. 81. v. Bethm.-H. S. 487—9. — 19) v. Keller § 67. v. Bethm.-H. S. 487—9. — 19) v. Keller § 67. v. Bethm.-H. S. 518. 521. — 20) Ders. 45. 700 ff. Rud. § 85. — 21) Ders. § 90. 92. v. Bethm.-H. S. 547. 667 ff. — 22) v. Bethm.-H. S. 53—8. 163. 178. 482. 486. — 23) Ders. S. 104. 782. — 24) Ders. S. 93. 759 ff. Rud. § 2. 59—62. v. Keller § 81.

---

*) s. Excurse S. 92 ff. **) s. oben § 217. S. 153. ***) s. oben § 297. 340.
†) Ueber den Rescriptsproceß s. Excurse zu diesem Kapitel No. V.

Zweiter Theil.

Das System

des Römischen Privatrechts

zur Zeit der classischen Jurisprudenz.

ERSTES BUCH.

Die Gattung der Privatrechte
oder
die allgemeinen Lehren des Privatrechts.

Einleitung.

I. Kapitel.
Uebersicht des Systems.

§ **352**] Von wo aus und wie baut sich das System des Römischen Rechts auf? Die Antwort auf diese Frage kann keine andere seyn, als diese: auf der Grundlage der logischen Elemente der Rechtsverhältnisse. Nun bilden Subject und Object die allgemeinsten logischen Elemente der Rechtsverhältnisse, wollen wir also das Römische Recht als ein System von Rechtsverhältnissen begreifen, so müssen wir die ganze Gliederung des Systems abhängig machen von der Art der Subjecte und Objecte und von der Rolle, welche diese spielen: durch eine wesentliche Verschiedenartigkeit der Subjecte ist eine Unterscheidung der Rechte so gut bedingt, wie durch eine wesentliche Verschiedenartigkeit der Objecte. Nur innerhalb des Rahmens, welcher durch die allgemeine Art der Subjecte und Objecte gegeben ist, kann das Spiel freier Gestaltungen zur Geltung kommen, wie wir es in den verschiedenen Sonderarten dinglicher, obligatorischer und anderer Rechte antreffen, welche durch die Triebkraft des *jus strictum*, *gentium* und *naturale* geworden sind.

Vom Subject aber muß immer ausgegangen werden, denn das Dienende hat sich im Allgemeinen nach dem Herrschenden zu richten und muß von ihm seine Signatur erhalten: diese Unterordnung findet aber auch im System ihren angemessenen Ausdruck. Hermogenian sagt: *hominum causa omne jus constitutum est* (*fr. 2. D. de statu hom. 1, 5*), und Justinian bestätigt das mit den Worten: *et prius de personis videamus; nam parum est, jus nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur* (*§ 12. J. de jure nat. 1, 2;* dazu *Gai. 1, 8*).

§ **353**] I. Scheidung des Rechts.* Beginnen wir mit dem Subject der Rechtsverhältnisse, so ist vom Standpunkte des Römers zunächst die Scheidung des *publicum* und *privatum jus* festzuhalten. Diese Scheidung ist so scharf, daß kein anderes Culturvolk der Erde von Haus aus ein so reines Privatrecht, d. h. ein Privatrecht aufzuwei-

*) s. Excurse S. 359. I. Tafel.

sen hat, von welchem mit solcher Consequenz alle Momente und Motive genossenschaftlicher Verschränkung, Eingliederung und Unterordnung ausgeschieden sind. Man kann sagen, daß diese Momente und Motive sich im *publicum jus* der Römer vollständig abgelagert und da eminent entwickelt haben; je gemeinheitlicher das Römische Staatswesen organisirt war, um so individualistischer war das Römische Privatrecht organisirt, und je inniger der *civis* zusammenhing mit der *res publica*, um so freier, selbständiger, isolirter und souveräner stand der *paterfamilias* in der *domus* oder *res familiaris*. Pomponius sagt: *Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat, vel tutor detur* (*fr. 9. D. de his qui sui j. 1, 6*); Ulpian sagt: *Si quis filiusfamilias sit et magistratum gerat, patrem suum, in cujus est potestate, cogerit, suspectam dicentem hereditatem adire et restituere* (*fr. 13. § 5. D. ad Sct. Treb. 36, 1*); Hermogenian sagt: *Nam quod ad jus publicum attinet, non sequitur jus potestatis* (*fr. 14. D. eod.*). Alles was nicht den *civis* (und *miles*) betraf, fand seinen Mittelpunkt im *paterfamilias*, Alles, was nicht dem Staat reservirt war, gehörte zum Privatkreis, zum Vermögen des selbständigen Privatmanns, und nur das gehörte also nicht zum Bereich des Privatwillens, was ausdrücklich ausgeschieden und für *res populi* erklärt war. Dies war die Nationalanschauung des antiken Römerthums.

Wenn wir nun unsern Blick auf diesen Privatkreis einschränken, so müssen wir doch den großen Hintergrund mit in Betracht ziehen, auf welchem die classische Gestalt des *paterfamilias* sich bewegt, und von welchem sie sich je nach der Verschiedenartigkeit des Hintergrundes verschieden abhebt. Im Römischen Reiche dieser Zeit gab es drei große Beziehungen socialpolitischer Art, wodurch die ganze Stellung der einzelnen Persönlichkeit wesentlich bestimmt ward: die bloß passive Zugehörigkeit zur Reichsgenossenschaft, die einfache Geltung als actives Glied des staatlichen Organismus und die eminent active Rolle im Dienste und zum Schutze des Reichs. Hierdurch ergeben sich die drei großen (gleichsam übereinander gelagerten) Personalschichten oder Lebenskreise der *Peregrini, Cives* (und *Latini*) und *Milites*.

§ **354**] 1. *Peregrini.* Die ehemalige große Bedeutung der Peregrinität, zufolge welcher das *jus peregrinorum* noch im 1. Jahrhundert n. Chr. die zweite Hälfte des Reichsrechts darstellte, dann im 2. Jahrhundert aber durch den rasch und fast über alle Provinzen ausgedehnten Uebergangskreis der Latinität beträchtlich eingeengt wurde, schwand im 3. Jahrhundert; seit Caracalla bilden die Schutzverwandten des Reichs neben dem verbreiteten Bürgerthum nur eine unerhebliche Ausnahme. Es besteht daher kein Interesse, dem *jus gentium*, insoweit es bloßes Peregrinenrecht und nur noch particuläres Ausnahmerecht* ist, im System des Rechts der classischen Zeit einen selbständigen Platz anzuweisen,** und so bleibt für dessen Aufbau als Grundriß der Unterschied des *jus privatorum* und *militum:* dieser neue Dualismus

*) s. Excurse S. 201. 317. **) s. Excurse zu diesem Kapitel No. IV. u. V.

ist gleichsam an die Stelle des Dualismus des Römer- und Peregrinenrechts getreten.

§ 355] 2. *Cives.* Alle allgemein werthvollen und der neuen Zeit entsprechenden Ideen des Peregrinenrechts hatten ihre Verwerthung im praktischen Römerrecht gefunden und allgemach dieses selbst zu einem *jus gentium* umgestaltet. War doch in den Ausdrücken *gentes* (*gentiles*) und *pagani*, welche jetzt im Gegensatz der Christen als gleichbedeutend zu gelten anfingen, und in der Bezeichnung des *jus Romanorum* als *jus paganorum* im Gegensatz des *jus militum* jener Entwicklungsgang selbst deutlich genug formulirt! In der That, nicht bloß in der Bevölkerung, sondern auch in der Materie des Rechts selbst hatte die Entgegensetzung eines *jus Romanorum* und *jus gentium* berechtigt zu seyn aufgehört, das Römische Recht war denationalisirt, gleichwie das Römerblut sich mit dem Blute aller Völker gemischt hatte und nicht mehr das alte war. Es sind noch vielfach Römische Formen, aber der Inhalt ist kosmopolitisch, und wie die kosmopolitische Monarchie noch lange im Gewande der Republik einherzugehen beliebte, endlich aber unter dem fallenden Gewande die vollendete Rüstung des Monarchismus zu Tage trat: so behielt die Römische Jurisprudenz und Sitte noch viele Formen, die aus der alten nationalrepublikanischen Zeit datirten, lange bei, aber im 3. und 4. Jahrhundert fielen auch diese Formen, und der eigentliche lebenswarme Körper des Rechts war da längst schon ein kosmopolitisches, überrömisches Recht geworden. Der dem alten Römerthum congeniale Geist war jetzt nicht mehr im gemeinen Bürgerthum und dessen Urbanität zu suchen, sondern da, wo er schon ehedem oft vorzugsweise sein Panier erhoben hatte: im Lager. Das Soldatenthum war der Erbe des Römerthums, und die Wahl der Kaiser durch die Legionen nur eine Consequenz davon.

§ 356] 3. *Milites.* An tausend kleinen Stellen war aus dem *jus gentium* der Geist genossenschaftlicher Beziehung und Verschränkung in das Römische Recht eingedrungen und hatte die Gestalt des *paterfamilias*, indem er dieselbe von ihrem Isolirstuhl herabgezogen, fast unmerklich in allerhand dem alten Römer schwer begreifliche Situationen verwickelt, als da sind gegenseitige Obligationen, *actiones adjecticiae qualitatis*, Dotalverhältniß, Inofficiositätsquerel, Collationspflicht. Die haarscharfen Umrisse der Willenssphäre des Privatmanns waren hier und da gar in Verschwommenheit übergegangen; in schwierigen Verschlingungen und mannichfach gewundenen Linien bewegte sich jetzt der nicht immer mehr gravitätische *paterfamilias* durch den Verkehr.

Dieser weite Faltenwurf der Toga konnte dem Militärstand nicht frommen. Wir sehen daher die Römische Rechtsgeschichte von Neuem Anlauf nehmen, dem Privatwillen einen Kreis souveränen Schaltens und Waltens zu entwerfen und zu garantiren: die *voluntas militis* wird frei und immer freier gemacht von den tausendfältigen Be- und Verschränkungen des gemeinen Privatwillens, und so entwickelt sich neben dem *us commune privatorum* ein neues eminentes Privatrecht, das *jus mili-*

tare, mit seiner Spitze, dem *jus veteranorum*, und mit seinem Anhang, dem *jus quasi militare* (*quasi castrense*). Dieses Militärrecht bildet schon in der letzten Zeit der classischen Jurisprudenz die zweite Hemisphäre der Römischen Rechtswelt.

In den gangbaren Lehrbüchern ist da noch immer von den zwei Hemisphären des *jus civile* und *jus gentium* die Rede: es kann aber nichts eine schiefere Vorstellung vom praktischen Rechtsleben jener Zeit geben, als dieser damals antiquirte Dualismus, welcher vom neuen Dualismus des *jus privatorum* und *jus militum* abgelöst war. Dieser Dualismus ist zur Grundlage der Lehrdarstellung zu machen.

§ 357] II. Gliederung des Rechts.* Es ist durch die aus dem Bisherigen erhellende Einfachheit der subjectiven Rechtselemente gegeben, daß die eigentliche Gliederung des Römischen Rechts weniger durch das Subject, als durch das Object bestimmt wird. Das Object tritt im Römischen Recht als Gliederungsprincip entschiedener hervor, als in irgend einem Recht anderer Culturvölker.

1. Zuvörderst bietet sich dem Blicke, welcher auf die Fläche des Privatverkehrs fällt, die Verschiedenartigkeit der individuellen Verkehrswerthe (*species*) dar, je nachdem dieselben der sinnlichen oder übersinnlichen Welt, die den Menschen umgibt, angehören.[1] Die sinnlichen Objecte der Privatherrschaft sind die einzelnen Stücke der Außenwelt, die Sachen (*corpora, res* im natürlichen Sinn), die übersinnlichen sind die einzelnen Stücke der menschlichen Innenwelt, die werthvollen Elemente des Willens, die Zweckhandlungen oder Leistungen (*obligationes, res incorporales*). Auf jene bezieht sich das Sachenrecht, auf diese das Obligationenrecht. In beiden handelt es sich um Einzelheiten, seien diese nun einfacher oder zusammengesetzter Art (natürliche oder künstliche Einzelheiten).

Die dem Sachenrecht angehörigen Rechtsverhältnisse heißen auch dingliche Rechte, weil sie unmittelbar die Sache und diese als ihr eigentliches Object ergreifen; die dem Obligationenrecht angehörigen Rechte heißen auch Forderungsrechte oder Schuldverhältnisse, weil sie den Willen freier Personen partiell ergreifen, den Willen des Schuldners unterwerfen und so den Schuldwillen einer Person zum eigentlichen Object haben. Obligatio drückt dieses Verhältniß treffend aus, im Deutschen empfiehlt sich dafür das bisher ungewöhnliche, aber dem „Sachenrecht" wohl entsprechende Wort „Schuldrecht".

§ 358] 2. Im Dualismus der Außen- und Innenwelt (oder Sachen- und Schuldrechte) scheint sich auf den ersten Blick die Zahl der Objectsarten zu erschöpfen; dennoch vermehrt sich auf höherer Stufe wirthschaftlicher und juristischer Cultur diese Zahl, indem die Person, welche Träger und Ausdruck einer Privatsphäre ist, oder diese Sphäre selbst — als ein ökonomisch-juristisches Ganzes, *universitas bonorum*

---

*) s. Excurse S. 360. IX. Tafel.

— Object eines fremden Willens werden kann. Solche Unterwerfung einer ganzen Willens- und Vermögenssphäre kann theils so vorkommen, daß der persönliche Wille, welcher der Träger ist, selbst mit unterworfen gilt: das führt zu den häuslichen Gewalten (*potestas, manus, mancipii causa*); theils so, daß die Vermögenssphäre für sich und folglich abgelöst vom natürlichen und ursprünglichen Träger Object der Vermögensherrschaft wird: auch hier liegt eine Vermögensgewalt vor, indem das Vermögen als Ganzes Object des fremden Privatwillens ist, aber der Herrschaftswille läßt die betreffende Person unberührt und ergreift nicht mit, was an derselben höchst persönlich ist. Dies ist der Fall bei der späteren Kunstanwendung der *manus* und *mancipii causa* (*fiduciae causa*), und bei der concursmäßigen *bonorum emtio*, sowie dem Patronate.

Jene Hausgewalt ist diejenige Form, in welche von den Römern ihr nationales Familienrecht untergebracht ist, d. h. soweit dasselbe *jure stricto* als *potestas, manus*, als vormundschaftliche *vis ac potestas* erschien. Das Recht der Kaiserzeit hat freilich hier vielfach auflösend und zersetzend eingegriffen. An die künstliche Vermögensgewalt aber hat der Römische Rechtssinn angeknüpft, um eine civilistische Grundformel für das Erbrecht zu gewinnen. Es handelt sich hier darum, in die Aufeinanderfolge der Generationen Continuität zu bringen und das rechtliche Schicksal eines Vermögensganzen zu bestimmen, dessen Subject dem Irdischen entrückt, und dessen Uebergang auf einen neuen Träger zu vermitteln ist. Im Römischen Recht, welches Alles als Dependenz der privaten, isolirten Persönlichkeit auffaßte, konnte das nur als ein ideeller Uebergang des Erblassers selbst in den Willenskreis des Erbfolgers gedacht, und mithin mußte der Erblasser als Erbträger, der Verstorbene als ideell fortlebend und so die *hereditas* beseelend und zusammenhaltend angenommen werden. Dergestalt erwarb der Erbe das Universalrecht am Nachlaß, und die *hereditas* war ein Analogon der *potestas, manus* und *bonorum emtio*, nur daß bei diesen das *commercium inter vivos*, dort *mortis causa* in Frage kam.

Hiernach sind die Privatrechte theils Singular-, theils Universalrechte; jene sind die Sachen- und Schuldrechte, diese sind die häuslichen und freien Vermögensgewalten, welche insofern den Sachen- und Schuldrechten parallel gehen, als die häuslichen Vermögensgewalten, welche mit persönlicher Herrschaft verbunden auftreten, ein Element natürlicher Sinnlichkeit, und die freien Vermögensgewalten, welche nur eine künstliche Anwendung enthalten, ein Element idealer Abstractheit an sich tragen.

§ **359**] In den bezeichneten Arten der Privatrechte ist der systematische Grundstock des engeren Privatrechts, der Plan seiner Theile gesetzt, aber hiermit noch nicht völlig das Bedürfniß systematischer Abklärung befriedigt. Denn in allen Theilen des Systems kehren gewisse Lehrwahrheiten wieder, welche die allgemeine Voraussetzung oder Grundlage aller Arten sind. Dieselben betreffen die Privatrechts-

verhältnisse in ihrem allgemeinen Wesen, d. h. insofern sie eine einzige Gattung ausmachen; sie sind die Gattungsmomente, bilden daher die Grundzüge des Systems und werden zweckmäßig den einzelnen Theilen desselben in der Darstellung vorausgeschickt (insgemein unter der Ueberschrift: „Allgemeiner Theil"). Wir können in Uebereinstimmung mit einem berühmten Ausspruch des Gaius (1, 8): *Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* (*§ 12. J. de jure nat. 1, 2; fr. 1. D. de statu hom. 1, 5*), jene Lehrwahrheiten nach 3 Gesichtspunkten anordnen, indem wir reden 1) von den Rechtssphären, d. h. von der (privatrechtlichen) Persönlichkeit und deren Modalitäten im Allgemeinen; 2) von den Rechtsverhältnissen (*res* im idealen Sinn), d. h. den einzelnen Rechten, welche innerhalb des Umkreises der Privatpersönlichkeit unterscheidbar sind, darin entstehen und verlaufen, gewandelt und ausgeübt werden; 3) von den Rechtsmitteln, d. h. von den durch die Staatsordnung geregelten Wegen der Reaction (m. a. W. den Maßregeln der gerichtlichen Verfolgung und Vertheidigung seiten) der Privatpersönlichkeit.

Gaius hat auf diese Unterscheidung sein ganzes Institutionensystem gestellt, aber er hat darin eben nur eine Uebersicht der Lehren gegeben: so liegt es für uns nahe, dieses einfache Grundschema gerade dem allgemeinen Theil unterzulegen, damit der besondere Theil um so freier systematisch entfaltet werden kann. Uebrigens fließen bei Gaius die drei Gesichtspunkte mehrfach ineinander, denn die Vermögensgewalten (namentlich die von mir als die häuslichen bezeichneten), die zu den *res* im weitern Sinn gehören, fallen bei ihm dem Personaltheile, und die besonderen durch Gewaltverhältnisse bedingten Obligationen anderseits dem Actionentheile zu. — Das Gaianische System[2] wird u. A. von Ulpian auf die *societas* angewendet, wenn er sagt: *solvitur ex personis, ex rebus, (ex voluntate,) ex actione* (*fr. 63. § 10. D. pr. soc. 17, 2*) und kehrt vollständig in Justinian's Institutionen wieder, wie folgende Tafel zeigt.

Der Stoff:	Gaius:	Justinianus:
I. Personae (Rechtssphären):	*I, 9—200*	*I, 3—26*
Gewaltsphären (*potestas, manus, mancipii causa, tutela*).	(*I, 48—200*)	(*I, 9—26*)
II. Res (Rechtsverhältnisse):	*II—III*	
1. *dominium.*	*II, 1—96*	*II, 1—9*
2. *hereditas* (*testamentum, legatum, codicilli, ab intestato*).	*II, 97—III, 87*	*II, 10—III, 12*
3. *Obligationes.*	*III, 88—225*	*III, 13—IV, 5*
III. Actiones (Rechtsmittel):	*IV, 1—187*	
Obligationen durch Gewaltuntergebene.	(*IV, 69—81*)	(*IV, 7—9*)

§ 360] III. Spiegelung des Rechts.* Zu der Höhe und Breite, in welche nach den vorher angegebenen Unterscheidungsmomenten unser Bild des Römischen Systems sich auseinanderlegt, gehört noch die historisch-doctrinelle Perspective, ohne welche das Bild flach und unlebendig bleiben würde.

Es zieht sich durch das ganze System des classischen Rechts eine Trias historischer Schichten hindurch, aus welchen das wachsende Recht, wie ein Baum aus den drei tellurischen Elementarreichen, seine Nahrung gezogen hat. 1) Das Wachsthum beginnt auf streng begrenztem nationalen Boden: innerhalb dieser primitiven Schranke gewinnt das System seine solide Gedrungenheit (*jus strictum*). 2) In diese Schranke wird im 3. Jahrh. v. Chr. ein Thor für den Weltverkehr gebrochen, durch welches der Strom des *jus gentium* eindringt, dem Römischen System seine freie Fülle (*aequum et bonum*) verschaffend. Dieses Eindringen erfolgt in zwei Canälen: durch den *Mos Civitatis* und das *Edictum Praetoris*; durch jenen wird das *jus strictum* zu einem freieren *jus civile* ausgebildet, aus diesem ein relativ selbständiges System, das *jus honorarium*, daneben hergestellt. Mit diesem Dualismus des *jus civile* und *honorarium* tritt Rom unter das Dach des Kaiserthums. 3) Indem jetzt im Hintergrunde des *jus Romanorum et gentium* ein verborgenes Ideal von der Wissenschaft entdeckt und aus der entlegenen Tiefe emporgezogen wird (das *jus naturale*), gelingt jene Verklärung der Rechtsideen, wodurch dem Römischen System sein edler Schwung zu Theil und dem ganzen Bau gleichsam der in die Wolken reichende Giebel aufgesetzt wird. Elemente des *jus naturale* fügen sich organisch an das *jus civile* an, welches auf diese Weise aus seiner nationalen Schranke völlig befreit wird, dringen aber auch in den Umkreis des *jus honorarium* ein und verbinden auf diese Weise Civil- und Honorarrecht immer enger und innerlicher; endlich formirt sich ein Theil dieser jüngsten Elemente zu einem relativ selbständigen System: dem *jus novum s. extraordinarium*, gleichsam dem imperatorischen Honorarrecht, an welches dann in der christlichen Kaiserzeit alles Neue, was christlich und nicht mehr Römisch war, ansetzen konnte, um die Umbildung des italischen Römerrechts in ein Welt- und Menschenrecht zu vollenden.[3] Das Römische Recht ist nun wesentlich ein anderes geworden, und es tritt diese Umschaffung karakterisch hervor in jenen alles Römerthums entkleideten Sätzen Ulpian's (5, 3; 19, 5): *conubium est uxoris jure ducendae facultas* und *commercium est emendi vendendique jus*.

Indem der rückwärts gewendete Blick der doctrinellen Reflexion der Römer diese historischen Schichten ebenmäßig durchdringt und in ihrer natürlichen Lagerung festhält, empfängt das Römische Recht im Spiegel der Römischen Wissenschaft seine specifische Bewegung und Plastik.

---

*) s. Excurse S. 361. III. Tafel.

Literatur: 1) Puchta Curs. d. Instit. I. § 30. — 2) Böcking am Ende seiner Ausgabe der Gaianischen Institutionen, sowie in seinen Pandekten des Römischen Privatrechts oder Institutionen des Civilrechts I. (2. Aufl. 1853) § 28. Rudorff Röm. R.-Gesch. I. § 68. v. Bethmann-Hollweg in der Zeitschr. f. Rechtsgeschichte V. S. 373 ff. — 3) Rudorff I. § 5.

Erster Abschnitt.

Die Elemente der Privatpersönlichkeit.

(Rechtssphären.)

II. Kapitel.

I. Die Persönlichkeit der Individuen.

A. Natürliche Voraussetzungen.

§ 361] I. Begriff. Person im allgemeinen ethischen Sinn ist ein Wesen, welches frei und selbstbewußt sich in allem Wechsel der Dinge und Beziehungen als identisch festhält und behauptet.* Persönlichkeit ist der Stand und die Fähigkeit solcher thätiger Selbstheit oder Selbstbehauptung; insofern diese Fähigkeit sich im Wollen und Handeln bezeugt, ist sie Rechtspersönlichkeit oder Rechtsfähigkeit, und insofern das Wesen dabei als das Einzelwesen in Frage ist, Privatrechtsfähigkeit, Privatpersönlichkeit.

Wir finden diese Fähigkeit (zunächst und eigentlich) am menschlichen Individuum, welches sie vermöge seiner creatürlichen Anlage hat. Es hat aber eben darum jedes menschliche Individuum jene Fähigkeit der inneren Selbstbehauptung, und demgemäß erkennt das positive Recht aller Culturvölker die Privatpersönlichkeit aller Menschen als Rechtszustand an, wenn auch manche Rechte, so das der Römer, die Privatpersönlichkeit einer großen Classe von Menschen, nämlich der Sklaven, zu verkennen, ja zu verneinen scheint, oder doch verdeckt und nahezu unterdrückt, nämlich auf die beschränkte Region des *jus naturale* zurückdrängt.** Auch im neugebornen Kinde, im Blöd- oder Wahnsinnigen, wie im Altersschwachen, ist jene creatürliche Kraft der Selbstbehauptung (schon und noch) vorhanden, obwohl vielleicht auf ein Minimum, gleichsam auf ein Samenkorn, reducirt („*quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus*“ *Ulp. fr. 8. D. de his qui sui j. 1, 6*), und demgemäß erkennt das positive Recht aller Culturvölker, so auch

---

*) s. Cursus § 2. **) s. unten Kap. III.

das Römerrecht, dem Menschen vom ersten Lebensmoment an und in allen Fällen geistiger Krankheit oder Schwäche die Privatpersönlichkeit zu. Vermöge dieser Allgemeinheit bildet die Idee der Privatpersönlichkeit die zureichende Begriffsgrundlage für das ganze Privatrecht.

§ 362] Wir bezeichnen aber mit Persönlichkeit nicht bloß eine Fähigkeit und Potenz, sondern eine concrete Existenz und wirksame Kraft, also das persönliche Wesen selbst im Zustande der Selbstbehauptung und als lebendigen Mittelpunkt einer Summe von ihm ausgehender und in ihm zusammentreffender Beziehungen des Handelns und Wollens. Auch der neugeborne, wie der wahn- und schwachsinnige Mensch ist Mittelpunkt einer solchen, sei es auch auf ein Minimum reducirten und in die engsten Grenzen der Erscheinungswelt gebannten, Summe. Insofern ist jeder Mensch nicht bloß fähig rechtlicher Beziehunden, sondern wirklicher Mittelpunkt und Träger einer ihm zukommengen Rechtssphäre. Person ist Träger einer Rechtssphäre, und jeder Mensch ist ein solcher Träger.

Den Grundbestand dieser Rechtssphäre bildet das Urrecht der Persönlichkeit,* d. h. das, was mit der Person von selbst gesetzt ist und ihr creatürlich und unveräußerlich inwohnt. Das ist die leibliche Erscheinung, d. h. die unmittelbar im Raume sich bestimmende Darstellung durch den Körper und seine Gliedmaßen, sowie die seelische Thätigkeit in ihren einfachen, zeitlich auftretenden gattungsmäßigen Lebensäußerungen. Der Mensch nun, insofern er ein in allem Wechsel dieser physisch-psychischen Selbstbestimmung identisches Wesen ist, findet sein einfachstes Symbol im Namen; zu Leib und Seele, aus denen der Mensch creatürlich besteht, kommt demnach das sie als Einheit zusammenfassende künstliche Attribut des persönlichen oder Eigennamens; jede Person hat ein Recht auf einen Namen, ihr Eigenname ist ein Theil ihres Rechts, und dieser Name der einfachste Ausdruck des Standes der Persönlichkeit. Auf Leib, Seele und Namen beziehen sich also die Urrechte des Menschen, die auch im Römerrecht anerkannt sind, denn jedem Menschen, selbst dem Sklaven, kam da ein Name zu, und vom Sklaven, wie vielmehr vom Freien, galt der Satz: *licet naturaliter in suum corpus saevire* (*fr. 9. § 7. D. de pecul. 15, 1*).**

Durch Leib und Seele erfüllt die Person eine eigne Sphäre und nimmt gleichsam einen reellen Raum ein, welcher als Binnenkreis zu denken ist, und um welchen ein weiterer Umkreis rechtlicher Beziehungen sich ansetzen kann. Dies ist das Vermögen, zu welchem jener innerste Raum sich beliebig erweitert und ausdehnt. Jede Personsphäre trägt diese Erweiterungsmöglichkeit in sich, und mithin wird sie im Eigennamen zugleich mit angedeutet. Die Person bleibt dieselbe, wenn auch die Sphäre sich erweitert, das Vermögen anwächst und Wandelungen aller Art erfährt; Alles zusammen, als eine im Umriß unwandelbare Einheit gedacht, wird mit dem constanten Kunstausdruck

*) s. Cursus § 7. u. Excurse S. 11.

**) s. Excurse S. 316.

des Eigennamens bezeichnet, und so läßt sich *arg. fr. 119. 178. § 1. fr. 195. § 2. D. de V. S.* sagen: *nomen personam et jus demonstrat, bonorum appellatio juris nomen est.*

§ **363**] II. Entstehung. Eine Rechtsperson kann zunächst und eigentlich nur da anerkannt werden, wo ein Wesen zum Daseyn gekommen ist (*in rebus humanis est*), welches nach Leib und Seele die creatürlichen Bedingungen der thätigen Selbstheit oder Selbstbehauptung in sich trägt. Dies nun ist nicht eher der Fall, als mit vollendeter Geburt und nur dann, wenn die Geburt den menschlichen Gattungstypus zeigt und lebendig ist.[1] Hierdurch ergeben sich die drei wesentlichen Voraussetzungen der individuellen Rechtspersönlichkeit:

1) fertiger Geburtsact. Der menschliche Sprößling gelangt zur Selbständigkeit individuellen Daseyns durch völlige Trennung vom Mutterleibe d. h. durch Lösung des vitalen oder organischen Bandes, welches ihn bis dahin zu einem integrirenden Theil des mütterlichen Schoßes (*pars viscerum matris, venter*) machte und mithin als zum Körper einer anderen Person, der Mutter, gehörig, *portio mulieris,* erscheinen ließ. Wer noch *in utero* (*mulieris praegnatis*) *s. in causa partus* (*fr. 1. § 15. fr. 7. pr. D. de ventre 37, 9*) sich befindet, ist noch nicht *in rebus humanis,* und heißt *embryo* oder *foetus:* er ist noch nicht Person oder Träger einer Rechtssphäre und nicht fähig solcher Rechtsverhältnisse, welche das Daseyn einer Person zur Voraussetzung haben; daher *non est pupillus, qui in utero est* (*fr.161. D. de V. S.*), d. h. hier fehlen die Voraussetzungen einer eigentlichen Vormundschaft, und folglich leiden die Grundsätze dieser nicht ohne Weiteres Anwendung auf die *custodia ventris.* Persönlichkeit erlangt der menschliche Sprößling durch den Geburtsact (*in lucem productus: fr. 1. § 15. cit.*) und zwar erst mit vollendetem Geburtsact (*post editum plane partum a muliere: fr. 1. § 1. D. de inspic. ventre 25, 4*), aber gleichviel ob ohne oder mit künstlicher Nachhülfe (*exsecto ventre editus: fr. 12. D. de lib. inst. 28, 2*; dazu *fr. 15. D. de statu hom. 1, 5*).

§ **364**] 2) menschliche Gestalt (*forma humani generis, humana figura*) d. h. eine solche Körperformation, daß darin der organische Ausdruck des menschlichen Gattungswesens erkennbar und mit ihr die Annahme persönlichen Wesens im Allgemeinen verträglich ist: denn der Körper ist allenthalben das Organ der Willensäußerung oder Handlung; wo das Organ absolut den Dienst versagte, könnten die Kräfte der Persönlichkeit, selbst wenn sie an sich vorhanden wären, nicht thätig werden und sich entwickeln, und überdies schließen wir nach der Idee eines creatürlichen Harmonismus, daß, wo das entsprechende Körperhafte mangelt, es auch an der menschlichen Seele fehlt.

Ostentum ist nach Labeo's Definition (*fr. 38. D. de V. S.*) jeder Sprößling mit einer vom Normalbau abweichenden Körperbildung,* und heißt insonderheit a) *portentum* (einfache Mißgeburt) im Falle unwe-

*) Vergl. die Excurse zu diesem Kapitel No. II.

sentlicher Abweichungen, z. B. Kind mit überzähligen Gliedmaßen (*partus qui membra ampliavit: fr. 38 cit.; fr. 14. D. de statu hom. 1, 5; fr. 7. pr. D. de reb. dub. 34, 5*); b) **monstrum s. prodigium** (völlig ausgeartete Geburt), im Falle einer *converso more procreatio:* so ein *magis animalis, quam hominis partus.* Ersteres gilt als Person (*inter liberos connumerabitur: fr. 14. cit.*), letzteres nicht und sollte nach den XII Tafeln alsbald getödtet werden, denn es ist ein sittliches Aergerniß und eine juristische Dissonanz in der Welt des persönlichen Typus (*Cic. de leg. 3, 8; Senec. de via 1, 15*).[2] Uebrigens wird die Persönlichkeit dadurch nicht beeinträchtigt, daß etwa der Sprößling vor oder bei der Geburt ein Glied einbüßt (*fr. 12. D. de lib. inst. 28, 2*).

§ **365**] 3) Lebendige Geburt (*partus cum spiritu editus*) d. h. das zur Welt Geborene muß nach der Ablösung vom Mutterleibe ein Lebenszeichen von sich gegeben haben. Das natürliche bei normaler Geburt zuverlässig erfolgende Zeichen ist der Aufschrei des Kindes unter dem Reiz der freien Luft auf die Athmungswerkzeuge, und daher forderten alte germanische Volksrechte „das Anschreien der vier Wände", und die Proculianer hielten an dem, energischen Völkern angemessenen, Verlangen der „*emissio vocis*" fest, während die Sabinianer und mit ihnen dann Justinian, jedwedes Lebenszeichen hinreichend hielten (*l. 3. C. de post. hered. 6, 29*).

Längeres Fortleben ist kein Erforderniß, ein Augenblick Leben genügt zur Begründung der Persönlichkeit* und kann die bedeutendsten Rechtsveränderungen zur Folge haben, ohne daß sie der sie verursachenden ephemeren Person selbst zu Gute kommen. Dagegen steht eine Frühgeburt (die eines unreifen, unausgetragenen Embryo, *praematurus partus, abortus, abactus*) der leblosen Geburt gleich (*abortus partum efficere non videtur: Paul. S. R. IV, 9. § 6; Diocl. in l. 2. C. de post. hered. 6, 29*).

§ **366**] III. Juristische Verlegung der Lebensgrenzen der Privatperson. Eine solche ist zunächst in den zwei Röm. Rechtsbestimmungen vom *nasciturus* und *defunctus superstes* enthalten, welche u. A. in § 2. *J. de hered. inst.* (*2, 14*) neben einander genannt werden und darin zu Einer Idee zusammentreffen, daß das Recht in gewisser Beziehung dort den Menschen, welcher noch nicht — hier den Menschen, welcher nicht mehr in *rebus humanis* (oder in *rerum natura*) ist, *pro superstite* behandelt, also als irdisch existent fingirt. Wie jede juristische Fiction, beschränkt sich aber auch diese auf ganz bestimmte Zwecke, denn eine Fiction, die sich übrigens immer an gewisse reale Vorstellungen anzulehnen liebt, ist im Grunde nur die dogmatische Zusammenfassung eines Agregats einzelner aus Zweckmäßigkeit oder Humanität aufgestellter Rechtssätze.

1) *Nasciturus pro superstite habetur,* d. h. das Daseyn der zu erwartenden Person wird anticipirt im Interesse derselben: also nur sofern

*) Ueber das besondere Erforderniß der Lebensfähigkeit (*vitalitas*) vergl. die Pandektenvorträge.

dies ihr von Vortheil ist (*quoties de commodis ejus quaeritur: Jul. in fr. 26. D. de statu hom.* u. *Paul. in fr. 7 eod.*), und auch eben nur zum Vortheil ihrer selbst (*quum de ipsius jure quaeritur, aliis autem non prodest: Paul. in fr. 231. D. de V. S.*). Wichtige Folgesätze hieraus sind: *a*) *curator ventris alimenta mulieri statuere debet, et videntur, quae ita praestantur, ipsi praestari, qui in utero est* (*fr. 5 pr. D. de ventre 37, 9*); *b*) ein *a libera matre conceptus* gilt als *liber natus*, auch wenn die Mutter vor der Geburt Sclavin wurde, *quia non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est* (*Marc. in pr. J. de ingen. 1, 4* u. *fr. 5. § 2. D. de statu hom. 1, 5*)[3].

2) *Defunctus pro superstite habetur*, d. h. der Erblasser gilt als fortlebend in seiner Hinterlassenschaft, damit dieselbe als Vermögenseinheit salvirt und so auf den oder die Erben übergeleitet werde, in welchen der Erblasser unsterblich zu seyn scheint. Auf diese Weise gilt der *defunctus* als Träger der *hereditas jacens* (*fr. 34. D. de acq. dom. 41, 1*), so daß in seinem Namen das Vermögen verwaltet, und auch vor dem Erbantritt der Grund zu Vermögensveränderungen im Interesse des künftigen Erben und zu Ehren des Erblassers selbst gelegt werden kann (*fr. 31. § 1. D. de her. inst. 28, 5*). Im Uebrigen kommt eine Person vom Augenblicke ihres constatirten Ablebens* an nicht mehr in Frage.

3) Zu diesen zwei Fictionen gesellt sich durch ihre innere Verwandtschaft die *fictio legis Corneliae*, welche zum allgemeinen Dogma ausgebildet lautet: *In hostium potestate defunctus initio captivitatis decessisse videtur* (*Ulp. fr. 18 D. de captiv. 49, 15*); hierdurch ward das Ableben des *civis* zurückdatirt in den letzten Augenblick der Freiheit, also dahin, wo dessen bürgerliche Persönlichkeit noch nicht in Frage gestellt war. Auf diesem Wege ward die Füglichkeit der Vormundschaft und Erbfolge gerettet.[4] Wie die zwei erstgenannten Fictionen eine Erweiterung, so enthielt diese dritte eine Verengerung der Lebensgrenzen**.

Literatur: 1) v. Savigny System d. Röm. R. II. § 61. — 2) Dirksen Uebers. d. Versuche z. Kritik d. XII Taf. S. 264. — 3) Köppen System d. Erbrechts I. S. 201. Anm. 2. — 4) Hase d. *jus postliminii* und d. *fictio legis Corn.* (1851) S. 192 ff.

III. Kapitel.

B. Juristische Voraussetzungen.

§ 367] I. **Allgemeines.** Der nationalen Exclusivität des heidnischen Alterthums widersprach es, ein allgemeines Band um die große Gattung irdischer Vernunftwesen gezogen zu denken und eine gemeinsame Fläche für gleichheitliche Verkehrsbewegung aller Individuen dieser Gattung anzunehmen; daß es ein solches geben müsse, diese Idee dämmerte erst im Rom der Kaiserzeit.

*) Ueber die Rechtsvermuthungen 1) der Todespriorität von s. g. Commorienten (der Schwächere zuerst: Kind — Greis!) und 2) der Todeszeit Verschollener vergl. die Pandektenvorträge. **) s. Excurse zu diesem Kapitel No. III.

Der Röm. Rechtssinn gab jener heidnischen Weltanschauung juristischen Ausdruck, indem er nicht bloß das Institut der Sklaverei in Uebereinstimmung mit dem *jus gentium* anerkannte, sondern auch das Gesammtleben der freien Volksgenossen zu einem geschlossenen System nationaler Rechtseinrichtungen dergestalt ausbildete, daß nur, wer seinen bestimmten Platz in diesem System hatte, als Person im eigentlichen und vollen Sinn galt.

Die Factoren dieser Platzbestimmung waren durch die *res publica* und *res privata* (*s. familiaris*) gegeben: nach beiden Seiten hin mußte die Stellung des Volksgenossen den Anforderungen des Volksrechts entsprechen. Unter dieser Voraussetzung war er Staats- und Familienglied, *civis* und (jetziger oder zukünftiger) *paterfamilias* (bez. *materfamilias*): nur wer (jetziger oder zukünftiger) *paterfamilias* und *civis* und mithin zugleich *liber* (nicht Sklave) war, bestand als Person nach Römerrecht (*jus proprium Romanorum*); es gab aber demgemäß auch drei Verlust- oder Verkürzungsgründe dieser Personstandschaft (*tres species minutionis*), indem ein Römer die Familienstandschaft, das Bürgerthum, ja die Freiheit verlieren konnte: *capitis diminutio minima, media* (*s. minor*) und *maxima.* Diese drei Stufen der Rechtsverkürzung entsprachen den drei *status* der *familia*, *civitas* und *libertas. Gai. 1, 159—162; Ulp. fragm. 11, 9—13; pr.—§ 5. J. de capitis min.* (*1, 16*).

§ **368**] Wer die *libertas* verlor, erlitt die äußerste Rechtsverkürzung und büßte damit zugleich Civität und Familie ein; ein solcher, z. B. ein *servus poenae* oder eine Frau wegen *coitus cum alieno servo ex Scto Claudiano* (*Gai. 1, 160*), war dann nur noch *jure naturali* Person (*caput servile*). Wer die *civitas* verlor, blieb frei, aber büßte die Eigenschaft als Staatsglied ein und verlor damit zugleich und nothwendig seine Familienstellung: ein solcher, z. B. wer ehemals ins Exil ging oder *cui aqua et igni interdictum est,* war dann nicht mehr *Romanus,* sondern *peregrinus* und galt nur noch *jure gentium* als Person. Entsprechend wäre nun auch ein besonderer Verlust der *familia* anzunehmen, welcher *salva libertate et civitate* geschähe und dem Rechtsverkürzten die Eigenschaft, eigentliche und volle Person (activer Volksgenosse) zu seyn, entzöge; indeß ist diese Erscheinung dem classischen Römerrecht fremd (geworden*), und statt dessen da nur von einem Wechsel oder Tausch der Familia, d. h. von einem Austritt, welcher zugleich Eintritt in eine andere Familia ist, die Rede. Dies ist die *capitis diminutio minima*, welche daher als *familiae* oder *status mutatio* bezeichnet wird und keine eigentliche *diminutio capitis* ist; dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von den zwei höheren Arten der Rechtsverkürzung (*majores diminutiones*), welche den engeren Begriff der *capitis diminutio* bilden und speciell in dem Ausdruck *magna capitis diminutio* zusammengefaßt werden.

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. I.

Nach jener Rechtsanschauung kann Niemand, wer *civis* bleibt, aufhören, Person im vollen und eigentlichen Sinn zu seyn, und ist kein absoluter Verlust der Familienstandschaft innerhalb des Bürgerthums denkbar. Demgemäß hat das Element der Familie nicht, wie Civität und Freiheit, die Bedeutung einer abgesonderten Voraussetzung der Personqualität (behalten), sondern drückt die Stellung und Sphäre der Person selbst, d. h. deren civile Privatstellung und Privatsphäre aus; während die *capitis diminutio magna* ein publicistisches Phänomen ist, hat die *cap. dim. minima* nur eine civilistische Tragweite.

§ **369**] Die *status sumtio*, d. h. die Bestimmung, ob ein Mensch Persönlichkeit nach Römerrecht hat und alle drei *status* in sich vereinigt oder nicht, ergibt sich nicht durch territoriale, sondern durch personale Kriterien, also zunächst durch die Geburt, und zwar in Uebereinstimmung mit dem *jus gentium* nach dem Stande der Mutter, an welcher der natürliche Act der Geburt sich vollzieht: *qui nascitur, jure gentium matris conditionem sequitur* (*Gai. 1, 80*), daher einer *ancilla* Sohn ist unfrei, einer *peregrina* Sohn ist Peregrine, einer *civis Romana* Sohn *civis*. Von diesem Grundsatze aber weicht das Römerrecht — abgesehen von vorübergehenden Abweichungen — nur insofern ab, als 1) des Vaters Status entscheidet, wenn die Ehe auf *conubium* ruht: *semper conubium efficit, ut, qui nascitur, patris conditioni accedat* (*Gai. 1, 80*), welchenfalls freilich regelmäßig der Mutter Stand dem des Vaters (*civis*) gleich ist; 2) zufolge einer *lex Mensia* aus der Verbindung einer *civis Romana* mit einem Peregrinen die Kinder Peregrinen werden (*? Gai. 1, 78*); 3) infolge einer *lex* (*Aelia Sentia?*) *ex libera et servo alieno, quem sciebat servum esse, servi nascuntur* (*Gai. 1, 86*).

Aus jener Regel des *jus gentium* ergibt sich zugleich, daß während der Schwangerschaftszeit der Status des erwarteten Sprößlings schwebt, denn der Status der Mutter kann in dieser Zeit sich ändern, und die Kinder *naturali ratione statum sumunt ex eo tempore, quo nascuntur* (*Gai. 1, 89*); doch wurde dieser Satz nur für illegitime Geburten, nicht für Zeugung *ex justis nuptiis*, anerkannt (*Gai. 1, 90. 91*), und überhaupt der oben angeführte Satz: *calamitas matris nocere non debet*, festgehalten. Im Uebrigen heißt es: *hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt* (*Gai. 1, 89*).

§ **370**] **Postliminium.** In der Consequenz des Princips nationaler Exclusivität lag, daß jede Genossenschaft, welche nicht zum Römischen Volk gehörte, als dessen Feind (*hostis*) galt, und zwischen beiden ein Widerspruch auf Tod und Leben („*in exitium reipublicae*" Ulp. in *fr. 21. § 1. D. de captiv. 49, 15*) währte. Aber die Römer erkannten, wie sie dieses Princip zu ihren Gunsten geltend machten, es ebenso an den fremden Genossenschaften (*externae nationes, reges*) an. Auf dieser gegenseitigen Exclusivität beruhte das internationale Institut der Kriegsgefangenschaft (*captivitas*), welche die Schwester der Sklaverei (*servitus*) genannt werden kann, wie der Schlaf der Bruder des Todes genannt worden ist; es ergibt sich aber zugleich aus dem

Obigen, daß davon weder den *latrones* gegenüber (*Ulp. fr. 24 eod.*), noch auch *in civilibus dissensionibus* (*Ulp. fr. 21. § 1. eod.*) die Rede seyn kann: Gefangennahmen in solchen Fällen sind juristisch nichts als φαντάσματα im Sinn des Labeo (*fr. 38. D. de V. S.*). Ebensowenig kann Kriegsgefangenschaft unter verbündeten Völkern (*liberi ac foederati*) vorkommen, denn durch die vertragsmäßige *amicitia* ist der *status hostilis* mit seinen Consequenzen überwunden und Kriegszustand ausgeschlossen (*Proc. in fr. 7. eod.*).

Der Gedanke gegenseitiger Exclusivität enthält aber einen inneren Widerspruch, welcher juristisch nur auf Einem Wege, nämlich durch das Repristinationsprincip des *postliminium* gelöst werden kann. Das internationale Rechtsinstitut des *jus postliminii*, von den Römern selbst als „*naturali aequitate introductum, inter nos ac liberos populos regesque moribus, legibus constitutum*" (*Paul.* in *fr. 19. pr. eod.*) und als Institut des *jus gentium* bezeichnet (*Isidor. Orig. 5, 6*) bildet den ergänzenden Revers der *captivitas*, und hebt oder mildert die Calamität, indem es ausspricht, daß die Captivität nicht *amissio*, sondern bloß *suspensio status* sei.*

§ **371**] Das *jus postliminii* ist keine Fiction (*fr. 12. § 2. eod.*) und hängt gleich der *captivitas* nicht von den Territorialgrenzen, sondern von persönlichen Momenten, nämlich dem eignen *animus* des *captivus* (*fr. 5. § 3. eod.*) und der *potestas* des eignen Volks, bez. der *amica gens* (*fr. 5. § 1. eod.*), d. h. davon ab, ob der Gefangene *in sua* (*vel amica*) *praesidia* zurückgelangt sei. Insofern ist Justinian's Schilderung des *postliminium* für das classische Recht nicht ganz correct, wenn er sagt: *Postliminium fingit, eum, qui captus est, semper in civitate fuisse. Dictum est autem „postliminium" a „limine", et „post", ut eum, qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus; nam limina sicut in domibus finem quendam faciunt, sic et imperii finem limen esse Veteres voluerunt. Ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus erat. Sed et qui victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur* (*§ 5. J. quib. mod. jus pot. solv. 1, 12*). Vergl. dazu *Cic. Topic. c. 8.* und *Fest.* bei *Paul. Diac. v. postliminium.*

Der *in justo bello* in Feindesgewalt Gerathende war der feindlichen Botmäßigkeit anheim und mithin thatsächlich aus dem Römischen Staats- und Rechtsverband herausgefallen; er darbte *medio tempore* des *conubium* und *commercium* (*fr. 13. pr. D. qui test. fac. poss. 28, 1; fr. 3. § 1. D. de V. S.*); der befreit Heimkehrende war ein gleichsam aus winterlicher Erstarrung oder unterweltlicher Dämmerung Erlöster und Wiederauferstandener: daher, um nicht das Haus zu entweihen, mußte er durch eine Hinterthür oder *perforato tecto*, d. h. mit Umgehung der Schwelle, seinem Hause wiedergegeben werden, als habe er die Gewalt über dieses nie verloren gehabt.

---

*) Vergl. Cursus § 129. und Excurse S. 129.

Hiernach trug die Captivität das Gepräge des Vorübergehenden, sie war eine gleichsam mit der positiven *spes postliminii* behaftete *servitus*, der *captus* ward durch völkerrechtliche Heimkehr als Römer rehabilitirt, und seine Persönlichkeit erwachte, gleich als ob keine Unterbrechung stattgefunden hätte. *Gai. 1, 129; Ulp. fr. 10, 4; Paul. S. R. II, 25, § 1.* Vermöge dieser internationalen Rechtswohlthat (einer von Alters her bestehenden — *fr. 4. D. de captiv. 49, 15* — besonders in der Kaiserzeit, durch Pomponius, Tryphonin und Paulus, ausgebildeten und den extremsten Gegensatz des Barbarenthums* ausdrückenden Einrichtung) *retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit* (*fr. 16. eod.*), und *quae in jure sunt, posteaquam postliminio redit, pro eo habentur, ac si nunquam iste hostium potitus fuisset* (*fr. 12. § 6. eod.*). Es liegt in dessen Consequenz, daß durch Captivität nicht die Ingenuität verloren geht (*fr. 21. i. f. eod.*), und selbst auf Grund des *merum principium testamenti* wurde Confirmation eines *in captivitate* geschriebenen Codicills von Tryphonin anerkannt (*fr. 12. § 5. eod.*).

Die eigentliche Vollendung dieser ganzen Captivitätsfigur liegt aber in der *fictio legis Corneliae*,[2] welche für den Fall der vereitelten Heimkehr den Tod in den letzten Augenblick der Freiheit zurückverlegt und so neben die Idee der bedingten Sklaverei die Idee des bedingten Todes stellt: es war für den in Gefangenschaft sterbenden Römer und seine *ultima voluntas* (und *hereditas*) eine Wohlthat, daß er als schon früher verstorben behandelt und gleichsam sein Leib civilistisch geopfert ward, um seine Seele civilistisch zu retten.**

§ 373] II. Die einzelnen Status. A. Libertas. 1. Mit Rücksicht auf den *Status*, welcher die Grundlage der zwei anderen Status bildet, theilen sich die Menschen in Freie (*liberi homines*) und Sklaven (*servi, mancipia*). a) Die Freien sind wieder entweder Freigeborne (*ingenui*) d. h. *ex libera matre nati**** (*Gai. 1, 84—86. 89; fr. 24. D. de statu hom. 1, 5*), und als solche gelten nach Marcian's Ansicht zufolge des *favor libertatis* auch die weder frei concipirten† noch frei gebornen,†† wenn nur die Mutter *medio temporis momento* frei gewesen ist (*pr. J. de ingen. 1, 4; fr. 5. § 3. D. eod.; Paul. S. R. II, 24, § 3*), — oder Freigelassene (*libertini*) d. h. *ex justa servitute manumissi* (*fr. 6. D. eod.*).

Die Stellung der Libertinen ist eine geringere durch den Mangel des *jus honorum* (*et suffragii*) und durch ihr Abhängigkeitsverhältniß zur Patronsfamilie. Von beidem befreit die vom Princeps abhängige Rechtswohlthat der Ingenuitätsertheilung der *natalium restitutio*, zufolge deren *juris interventu, quantum ad totum jus pertinet, perinde habetur, atque si ingenuus natus esset* (*fr. 2. D. de nat. rest. 40, 11*), während durch die beschränktere *impetratio juris anulorum*[3] *libertinus imaginem ingenuitatis salvo jure patroni nanciscitur*, so daß *hic vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus* (*Ulp. in fr. 3. pr. D. de bon.*

---

*) Vergl. Cursus § 27. 325. und Excurse S. 158—160. **) s. oben Cursus § 366 a. E.
***) s. oben Cursus § 369. †) s. Cursus § 366. sub 1 b. ††) s. Cursus § 369 z. A.

lib. 38, 2; fr. Vat. § 226; tit. Dig. de jure aur. an. und *de natalib. rest. 40, 10. 11.*); dazu *Salvian. Massil. III. adv. avaritiam* (*ed. Rittersh. 2. T. II. p. 105.*

Ingenuität ist ein unzerstörbarer Karakter und bleibt daher trotz vorübergehenden Sklavenzustandes, *manumissio natalibus non officit* (*§ 1. J. de ingen. 1, 4*).

§ **373**] 2. Das Wesen des Sklaventhums besteht im Mangel der Rechtspersönlichkeit sowohl nach *jus Romanorum* als *jus gentium*, daher insofern *servi pro nullis habentur* (*Ulp. in fr. 32. D. de R. J.*), *nullum caput habent* (*§ 4. J. de cap. min. 1, 16*). Hieraus folgt, a) daß die Stellung der Sklaven ohne rechtliche Grade (Stufen) und Qualitäten ist, so verschieden auch ihre individuelle Leistungsfähigkeit und Werthschätzung in Stadt und Land, in Haus und Staat seyn mag; *in servorum conditione nulla est differentia* (*§ 5. J. de jure pers. 1, 3*), sie gleichen sich wie eine Null der anderen, *nec facile ulla servilis videtur esse cognatio* (*Ulp. fr. 1. § 2. D. unde cogn. 38, 8*), *ad leges serviles cognationes non pertinent* (*Paul. fr. 10. § 5. D. de grad. 38, 10*). Nur in gewissem Sinn zeigen einen Abstufungsansatz die Classen der *servi poenae* als verworfener, und der *servi publici* (*Ulp. 20, 16*) als begünstigter* Unfreier, und *jure naturali* aa) gibt es, da *cognatio* ein *naturale nomen* ist (*fr. 10. § 4. eod.*), Verwandtschaftsgrade und Affinitätsbande unter Sklaven (*fr. 14. § 2. 3. D. de ritu nupt. 23, 2*), bb) wird der Begriff der Ehe negativ (Ehehinderung: *fr. 14. cit.*) und positiv (*contubernium* ein Seitenstück des *concubinatus*) angewendet, *quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est* (*fr. 14. cit.*), und cc) kann von einer dem *servus* (*ordinarius*) an einem anderen *servus* (*vicarius*) zustehenden Potestas geredet werden (*fr. 17. D. de pec. 15, 1*).

b) Insofern dem Sklaven die Qualität des Rechtssubjects fehlt, kann er Rechtsobject in demselben Sinn wie ein unvernünftiges Wesen oder eine unbeseelte Sache, d. h. also Gegenstand dinglicher Rechte seyn. Das Recht des Eigenthümers (*dominus servi*) über Werth und Daseyn seines Sklaven fand erst seit Anerkennung eines *jus naturale* seine Grenze an dem natürlichen Lebensrecht jedes, auch des unfreien Menschen.

Unrichtig ist a) die Justinianische Definition der *servitus* als *constitutio, qua quis dominio alieno subjicitur* (*§ 2. J. de jure pers. 1, 3*), denn die Sklaverei ist primär ein Stand und nur secundär ein Verhältniß der Privatunterwerfung, und es gibt Sklaven, die ohne Eigenthümer sind, nämlich aa) die *servi derelicti* (*Ulp. 1, 9*) und bb) die *servi poenae* (*fr. 17. pr. D. de poen. 48, 19*); b) die Identificirung des *dominium* mit der *potestas* (*dominica*), wie bei Gaius 1, 52 und in *§ 1. J. de his qui sui jur.* (*1, 8*), wo die *potestas* ein Institut des *jus gentium* genannt wird: vielmehr ist das *dominium* dem *jus gentium*, die *potestas* dem *jus Romanorum* angehörig, denn die *dominica potestas* ist die civilistische Schwester der *patria potestas*.

*) Vergl. oben Cursus § 329.

§ 374] 3. Die Entstehungsgründe der Sklaverei gehören theils dem *jus gentium*, theils dem *jus Romanorum* an: a) der *naturalis ratio* des *jus gentium* entspricht es,* daß Geburt von einer Sklavin Sklaventhum begründet, und ebenso, daß, wer *in justo bello* (im angesagten Volkskrieg) in Römershand geräth, dem Recht des Siegers verfällt und wenn er Pardon erhält, (*Cic. de off. 1, 11; fr. 239. § 1. D. de V. S.*), als Sklave gilt; Sklaverei ist ihrer ursprünglichen Idee nach überhaupt die permanent gewordene Kriegsgefangenschaft (internationale Ersitzung?); b) im Wege einfachen Vertrags** oder durch Privatersitzung kann Niemand in Sklaverei fallen, auch das Römerrecht läßt solches nicht zu, *conventio privata neque servum quemquam neque libertum alicujus facere potest* (*Callistr. in fr. 37. D. de lib. caus. 40, 12*); dagegen knüpft es an sträfliches Gebahren die Freiheitsverwirkung, insbesondere aa) ehedem wegen *furtum manifestum*† (*Gai. 3, 189*) und Hintergehung des Kriegsdienstes oder Census (*Ulp. 11, 11*), bb) wegen doloser Gerirung als Sklave des Gewinns halber (*denegatio libertatis s. proclamationis in libertatem*: *fr. 7. D. de lib. caus. 40, 12*), wegen Treulosigkeit gegen den Patron (*revocatio in servitutem § 1. J. de cap. min. 1, 16*) und wegen ungehöriger Verbindung mit einem fremden *servus* (*ex Scto Claudiano, 52 p. Chr.: Gai. 1, 91. 160*); cc) im Fall der *condemnatio perpetua in metalla* oder *in opus metalli*, oder *in salinas* (*fr. 8. § 4. 6. 8. D. de poen. 48, 19*); Verurtheilung zum Tode, z. B. *ad bestias*, entzog gleichfalls, den Strafvollzug einleitend, die Freiheit, gleichwie Verdacht des Herrenmords dem *statu liber* die Freiheit versagte (*fr. 7. § 4. D. de lib. caus. 40, 12*).

§ 375] 4. Die Endigungsgründe finden ihren Prototyp in dem merkwürdigen Rechtsacte der Freilassung. Die Freilassung (*manumissio*) ist ein juristischer Schöpfungsact von der eminentesten Bedeutung, insofern der Freilasser den Sklaven nicht bloß von der bisherigen Privatunterwerfung entbindet, sondern neben sich stellt, d. h. zu dem eignen Stand des Freilassers heranhebt; sie ist daher nicht eine Dereliction, und auch nicht bloß eine Entäußerung, sondern gleichsam die Stiftung einer Person und ein der Zeugung analoger Rechtsact, gipfelnd in einer letztwilligen mit Erbeinsetzung verbundenen Freierklärung. Sie zieht ihre Nahrung aus dem Civilrecht, indem der Römer seinen Sklaven, wenn er denselben im vollen Eigenthum hat, zum *civis*, der *latinus* ihn zum *latinus* macht, aber auch aus dem *jus gentium*, indem der Peregrine ihn zu einem freien *peregrinus* macht (*fragm. Dosith. § 12. [14]; Plin. Epist. 10, 4*), und sie entspricht zugleich dem *jus naturale*, indem sie, gleichsam die Rinde des *jus civile* und *gentium* brechend, die bis dahin gefangene und unterjochte, gebundene, latente Persönlichkeit hervorzieht. Der unfreie Mensch ist *jure naturali* Freier, und trägt, gleichwie der *nasciturus* die individuelle Persönlichkeit, so die peregrinische

---

*) s. oben Cursus § 369.

**) Ueber das *nexum* und dessen Folgen vergl. Cursus § 125 und Excurse S. 132.

†) s. unten Cursus Kap. 40 (des II. Theils).

bez. Römische Persönlichkeit in und an sich: Freigebung ist deren Entbindung, und sie zwar gewährt nicht Ingenuität, aber die kaiserliche *natalium restitutio*, welche *jure extraordinario* Platz greifen kann, bestätigt für den Einzelnen den Gedanken der ursprünglichen Freiheit Aller (*Marcian in fr. 2. D. de natal. rest. 40, 11*).

Die Freilassung hat nur als solenner Act die gedachte schöpferische Vollkraft (*manum. solennis, justa et legitima*); sie geschieht entweder 1) *inter vivos* im Wege der *in jure cessio* unter Zuziehung eines *assertor in libertatem*, bez. Lictor (*manum. vindicta i. e. festuca*), oder durch Eintragung in die Censusrolle zu Rom (*manum. censu*): in beiden Fällen muß zu dem *jussus domini* die Autorisation eines Magistrats hinzukommen (*Gai. 1, 17; Ulp. 1, 8; fr. Dos. § 17* [*19*]), oder 2) *mortis causa* durch solenne *ultima voluntas* (*manum. testamento*) und zwar entweder mit oder ohne Erbeinsetzung: der hiernach im Augenblick des Wirksamwerdens des Testaments (durch Antritt des Erben) *ipso jure* Freiwerdende heißt, weil er seinen Patron im Orcus hat, *libertus orcinus s. charonita* (*Ulp. 2, 7. 8*), und, ist eine Bedingung beigefügt, während des Schwebens derselben *statu liber;* derselbe ist Sklave des Erben bis zum Eintritt der Bedingung, wodurch er dann aber *ipso jure* frei wird (*Ulp. 2, 1. 2; fr. 1. D. de statu lib. 40, 7*).[4]

§ 376] Obschon August's Gesetzgebung der Massenfreilassung einschränkend entgegentrat (*lex Aelia Sentia* und *Furia Caninia;** *Ulp. 1, 11—25*), führte doch der in der Kaiserzeit zunehmende *favor libertatis* zu verschiedenen Erleichterungen des Freiwerdens, welches nun zum Theil selbst ohne Manumission geschehen konnte. Dahin gehört: 1) die Feststellung der rechtlichen Wirksamkeit der *manum. minus solennes* (*inter amicos*, *per epistolam* und *per mensam s. convivii adhibitione: § 1. J. de libertinis 1, 5*); ein unsolenn Freigelassener hatte nach prätorischem Recht nur die *forma s. possessio libertatis* (das *in libertate esse s. morari*: *Gai. 3, 56; Pompon. in fr. 28. D. de lib. causa 40, 12; fr. Dos. § 4* [*6*] *sq. jct. Cic. pr. Mil. 12, 33*), welche sehr von der bloßen *detentio libertatis* eines *fugitivus servus* zu unterscheiden war, aber erst durch die *lex Junia Norbana* den Karakter eines rechtlichen Standes (*latinitas*) erhielt: solche s. g. *latini Juniani*[5] sind unvollkommene *latini*,** d. h. sie haben weder das Recht der Testirung und Vormundsernennung, noch das *jus capiendi ex testamento*, und ihr Nachlaß fällt *jure quodammodo peculii* ihrem Patron anheim, so daß sie *vivunt ut liberi*, *moriuntur ut servi* (*Gai. 1, 22—24; fr. Dos. § 6* [*8*].†

2) Die *libertas fideicommissaria*, welche häufig zu Gunsten eines eignen Sklaven des Testator oder auch eines fremden fideicommissarisch angeordnet, durch einen Freilassungsact des Erben vermittelt werden muß und mithin diesen zum Patron macht: bis dahin *servus*

---

*) Vergl. oben Cursus § 299 und dazu Excurse S. 257.

**) Vergl. Cursus § 190. 324.

†) Ueber gewisse s. g. Mittelzustände zwischen Freiheit und Sklaverei (*mancipii causa*, *auctoramenti causa*, *ab hostibus redemtio*) vergl. unten Cursus Kap. 49 (des 2. Theils), über das Colonat s. Excurse S. 299—301.

statu liberi locum obtinet (*Ulp. 2, 7—11; fr. 51. § 3. D. de fideic. libert. 40, 5*).[6]

3) Die zur Strafe des Herrn gegebenen Vorschriften, daß der Gebrechens halben ausgesetzte Sklave (*ex Claudii edicto*), und die mit dem Modus, *ne prostituatur*, verkaufte Sklavin im Fall der Wortbrüchigkeit des neuen Herrn (*ex Vespasiani decreto*) frei seyn sollen (*fr. 2. 6. D. qui sine manum. 40, 8; fr. 7. D. de jure patr. 37, 14*).

4) Die zur Belohnung des Sklaven gegebene Vorschrift, daß, wer die gewaltsame Ermordung seines Herrn oder eine gegen denselben gerichtete Verschwörung anzeigt, frei wird (*fr. 5. D. qui sine man. 40, 8*).

5) Die *redemtio suis nummis*, welche durch eine *Epistola Divorum Fratrum* als unmittelbare Freiwerdung anerkannt wurde: sie geschieht *imaginaria emtione* und *per fidem contractus inter emtorem et servum*, d. h. der Sklave gewährt das Lösegeld aus seinen Mitteln, *is cujus in fidem servus confugit, et qui emtioni suum nomen accomodat*, ist *imaginarius emtor* und kann auch ein Pupill, ja selbst ein Sklave seyn (*fr. 4. 5. D. de manumiss. 40, 1*). Verschieden davon ist der Contract zwischen Verkäufer und Käufer mit dem Modus, *ut manumittatur servus venditus*, wobei dieser selbst nur als Object in Frage ist (*fr. 9. 10. 20. eod.*).

§ **377**] B. **Civitas.** 1. Begriff. Mit Rücksicht auf den mittleren Status theilen sich die Menschen (Reichseinwohner) in Bürger (*cives*) und Nichtbürger, und diese wieder in *latini* (Halbbürger) und *peregrini*. Das Römische Bürgerrecht heißt *civitas Romana* oder *civitas* schlechthin, wenn der Stand (Status) im Gegensatz eines nichtrömischen (municipalen) Bürgerthums, und *jus Quiritium*, wenn der Inbegriff der besonderen Rechte (*jus conubii* und bez. *commercii*), welche der Römer vor dem Peregrinus, bez. Latinus voraus hat, bezeichnet werden soll.[7]

Die *civitas* gewährte nach 2 Seiten hin auszeichnende Rechte: *jure publico* und *privato*, doch hat sich während der Kaiserzeit der publicistische Theil auf das *jus honorum* reducirt, während ehedem auch das *jus sacrorum publicorum*, *jus provocationis ad populum* und *jus suffragii* von Belang war. Abgesehen vom *jus honorum* (und *munus judicis*), welches in der späteren Kaiserzeit immer mehr in das kaiserliche Belieben fällt, deckt sich jetzt die *civitas* mit dem Inhalt des *status familiae*, sofern dieser das *jus conubii et commercii* enthält und mit der Fähigkeit zum (*publicum*) *munus tutelae* verbunden ist.

§ **378**] 2. Die Entstehungsgründe gehören theils dem *jus gentium* theils dem *jus Romanorum* an. *Civis* wird: a) wer von einer Römischen Bürgerin geboren wird;* b) wer aus der Herrschaft eines Römischen Bürgers durch diesen solenn und ohne Verstoß gegen die *lex Aelia Sentia* und *Furia Caninia* entlassen (*justa manumissio*), oder wenn ein *latinus Junianus* nochmals von seinem ehemaligen Herrn frei erklärt

---

*) s. jedoch oben Cursus § 369.

wird (*iteratio*): in welch letzterem Fall zugleich die Kinder Civität erlangen (*Ulp. 3, 4*); c) ein Latinus, der ein städtisches Amt in einer latinischen Colonie bekleidet hat,* sowie eine *Latina ter enixa* (*Ulp. 3, 1*); d) eine ganze Familie, d. h. Gatte, bez. Gattin und Kind durch Ehebestätigung vor dem Prätor oder Statthalter im Fall der s. g. *causae probatio:* dieselbe heißt aa) *c. pr. anniculi s. ex lege Aelia Sentia,* wenn ein Latinus erweist, daß er eine wahre Ehe (*liberorum quaerendorum causa*) vor 7 Römischen Zeugen mit einer *civis* oder *latina* geschlossen und aus dieser Ehe ein einjähriges Kind habe; bb) *c. pr. erroris s. ex Scto,* wenn eine Ehe *inter disparis conditionis personas* (Peregrine, Latiner, Bürger—in) im Irrthum, d. h. mit der Voraussetzung, daß der andere Gatte eines höheren Standes sei, eingegangen ist. *Gai. 1, 29—32; 66—78; Ulp. 3, 3; 7, 4;* e) ein Latinus, der sich um Rom besondere Verdienste erwirbt, nämlich *militia* (*inter vigiles*), *nave* (*frumentaria fabricata*) *aedificio* und *pistrina* (*Ulp. 3, 1. 5. 6*). f) ein Latine oder Peregrine, welcher durch kaiserliche Verleihung Civität erhält; auch nach der Generalverleihung durch Caracalla[8] konnte das *beneficium principale* (*Ulp. 3, 1*) zu Gunsten neu Eingewanderter oder *minus solenniter* Freigelassener noch Platz greifen.

§ **379**] 3. Die besonderen Endigungsgründe der Civität, d. h. diejenigen, welche nicht mit Freiheitsverlust verbunden sind, enthalten eine *capitis diminutio media* (*s. major*); eine solche lag vormals in der Annahme des Stadtbürgerrechts in einer Peregrinen- oder Latinerstadt, in der spätern Kaiserzeit nur noch in der qualificirten Verbannungsstrafe, d. h. in der *deportatio in insulam v. oasim* (*fr. 7. § 5. D. de int. et releg. 48, 22*), welche neben die republikanische *aquae et ignis interdictio*, und später ganz an deren Stelle (*fr. 2. § 1. D. poen. 48, 19*) getreten war, nicht aber in der bloßen *relegatio*, welche regelmäßig auch die Wahl des Aufenthaltsortes ließ. *Gai. 1, 161; fr. 8. D. qui test. fac. poss. (28, 1); fr. 3. D. ad leg. Jul. pecul. (48, 13). Magna differentia est inter deportationem et relegationem; nam deportatio civitatem et bona adimit, relegatio neutrum tollit, nisi specialiter bona publicentur. Deportatus civitatem amittit, non libertatem, et speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur. Emit enim et vendit, locat, conducit, permutat, foenus exercet et cetera similia. Relegatus integrum suum statum retinet et dominium rerum suarum et patriam potestatem* (*fr. 14. 15. 18. D. de interd. et releg. et deport. 48, 22*).

§ **380**] 4. Besondere Classen sind die *Latini* und die *Dediticii*, jene gewissermaßen bevorzugte, diese aber verrufene Peregrinen: beide Classen nach dem Vorbilde älterer Volksklassen benannt, aber selbst nur künstliche Formationen; diese noch in der Kaiserzeit.**

a) Die *Latini* sind entweder *coloniarii* (mit der Unterscheidung des *majus* und *minus Latium*†) oder *Juniani*,†† und der letzteren gibt es, da

---

*) s. oben Cursus § 324.
†) s. Cursus § 324.
**) s. Cursus § 190. 324.
††) s. Cursus § 376 sub 1).

die unsolenne Freilassung, die Quelle dieser Menschenclasse, fortdauert, auch nach Caracalla's Bürgerconstitution noch immer.[9]

b) *Dediticiorum numero constituti* werden gebrandmarkte und sonst wegen schwerer Verbrechen bestrafte Sklaven, wenn sie zur Freiheit gelangen. Ihnen steht zufolge der *lex Aelia Sentia „pessima libertas“* zu, indem sie vom Aufenthalt zu Rom gänzlich ausgeschlossen, irgendwo internirt sind und nicht einmal am Bürgerrecht einer Gemeinde theilnehmen, daher auch keine *testamenti factio* haben. *Gai. 1, 12—16. 25—27; Ulp. 20, 14.* Diese Einschränkung des gefährlichen Proletariats der Verworfenen und Taugenichtse gehörte zu jenem großen Conservationssystem August's, welches von *Suet. Oct. 40* m. d. W. motivirt ist: *magni existimans, sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum; quum et de numero et de conditione ac differentia eorum, qui manumitterentur, curiose cavisset: hoc quoque adjecit, ne vinctus unquam tortusve quis ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.*

§ **381**] C. **Familia.** 1. Begriff. Ein Römischer Bürger hat immer zugleich den *status familiae; familia* in diesem Sinn ist die vom Staat anerkannte civile Vollkraft des Römers und die derselben entsprechende privatrechtliche Stellung, nicht eine abgesonderte Voraussetzung der Privatpersönlichkeit oder Privatrechtssphäre, sondern deren civilrechtlicher Bestand selbst, oder der ideelle Raum, den der Römer mit seinen Privatbeziehungen *jure legitimo* ausfüllt und über welchem er mit seinem civilen Eigenwillen schöpferisch waltet.

Vermöge dieser Familienstandschaft kann der Römer Personal- und Vermögensbeziehungen, die vollgültig nach strengem *jus civile* sind, begründen (und begründen helfen): auf jene Fähigkeit bezieht sich das *conubium*, auf diese das *commercium*.*

Die Familienstandschaft ist effective oder latente Rechtsstellung, je nachdem der Römer ein selbständiges oder unselbständiges *caput* ist (hat): ersternfalls hat er selbst sich in der Gewalt (*habet propriam familiam, est sui juris s. suae potestatis*), andernfalls untersteht er fremder Gewalt (*alieni juris, alienae potestati, manui subjectus, in causa mancipii*). Jener heißt *paterfamilias* (*materfamilias!*), dieser aber *filiusfamilias, filiafamilias, et qui deinceps vicem eorum sequuntur, utputa nepotes et neptes et deinceps* (*uxor in manu = loco filiaefamilias*) *Gai. 1, 49.*

§ **382**] 2. Nähere Bestimmung. a) *Paterfamilias.* Für den rechtlichen Karakter jener selbständigen Familienstellung ist es an sich gleichgültig, ob der *paterfamilias* untergebene Familienangehörige hat, also Oberhaupt einer Hausgenossenschaft (geworden) ist, oder, nicht umgeben von einem Kreise abhängiger Hausgenossen, lediglich sich selbst in der Gewalt hat, also allein die eigne Familia ausmacht und darstellt; *paterfamilias appellatur, quamvis filium non habeat* (*Ulp.*) . . . *familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur* (*Gai.*): *fr. 195. § 2. fr. 196. pr. D. de V. S.* (dazu *Ulp. 3, 1*).

*) s. unten Cursus Kap. 8. (II. Theil).

b) *Filiusfamilias.* Auch dieser hat, kann man sagen, eine eigene *familia* (*etiam vivo patre quodammodo dominus: Gai. 2, 157* und *Paul.* in *fr. 11. D. de lib. inst. 28, 2*), freilich nur embryonisch oder latent; obwohl gebunden und daher untergeordnet und abhängig, ist sie doch vorhanden, und sie erwacht sofort und von selbst, sobald die ihn bindende Gewalt seines bisherigen Gewalthabers in Wegfall kommt (durch dessen Tod oder *capitis diminutio*): dann wird sie entbunden kraft angebornen Rechts des *filiusfamilias; quum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamiliarum nomen subeunt* (*Ulp. fr. 195. § 2. D. de V. S.*); und da dies keine Neuerung, sondern ein Erwachen ist, so liegt in solcher Metamorphose keine *capitis diminutio.*

Abhängige Familienglieder haben *conubium* und *commercium* nicht *proprio nomine;* d. h. alle Rechtswirkungen ihres auf dieser Basis sich bethätigenden Willens werden auf den Gewalthaber bezogen, dessen Wille den Willen der *subjectae personae* zwar nicht negirt und absorbirt, aber doch gebietend und obwaltend umschließt, so daß die Privatsphäre (*familia*) des Gewaltuntergebenen kein selbständiges Reich für sich, sondern eine abhängige Provinz im Reich des Gewalthabers ist. Ausnahmen hiervon bilden die *uxor in manu* und der *in mancipio constitutus* rücksichtlich des *conubium* und der *possessio.*

Familia bedeutet nicht bloß den Familienstand (Familienstandschaft) des einzelnen Römers, sondern oft auch den Familienkreis (Familien- oder Geschlechtsgenossenschaft), d. h. den Zusammenhang der (ganzen) Agnatenschaft.*

§ **383**] 3. Die *capitis diminutio minima* ist eine *mutatio status i. e. familiae* (*Ulp. 11, 13; fr. 3. pr. D. de cap. min. 4, 4*), und ergeben sich daher durch den Gegensatz der *propria* und *aliena familia* drei Gruppen von Fällen: a) einen Uebertritt aus *aliena familia* in andere *aliena familia* enthalten die *conventio* einer *filiafamilias in manum mariti,* die *datio in adoptionem* und *in mancipii causam* (*Gai. 1, 162; Ulp. 11, 13*), die *remancipatio* und *sequela patrisfamilias arrogati* (*fr. 3. pr. cit.*); b) einen Austritt aus *aliena familia* in *propria familia* enthalten die *emancipatio ex patria potestate,* die *manumissio e manu* und *e mancipii causa* (*Gai. 1, 137. 138. 162*); c) einen Eintritt aus *propria familia* in *aliena familia* enthalten die *conventio feminae sui juris in manum mariti* und die *arrogatio* (*Paul. 3, 6, 29*), desgleichen die *causae probatio*** eines *in matrimonio juris gentium* — und die *legitimatio* eines außerehelich erzeugten Kindes (*§ 13. J. de nupt. 1, 10*).

In den Fällen der ersten Gruppe behält der *capite minutus* innerhalb der neuen Familie die gleiche Stellung, welche er innerhalb der früheren hatte, in den Fällen der zweiten und dritten Gruppe wechselt er mit der *Familia* auch die Stellung innerhalb der *Familia.* — In den Fällen der ersten Gruppe bleibt er *persona alieni juris,* in denen der

*) s. unten Cursus § 393.

**) s. oben Cursus § 378.

zweiten Gruppe wird er *sui juris*, und in denen der dritten wird er *alieni juris*. Demnach bietet die erste Gruppe das Bild eines einfachen Tausches, die zweite aber das Bild einer Vermehrung —, und die dritte das Bild einer Verminderung der Rechte. Allein diese Gleichheit, Mehrung und Minderung hat mit dem Wesen der *capitis diminutio* nichts zu thun, denn diese bezieht sich nicht auf die (Vermögens-) Selbständigkeit, sondern auf die Persönlichkeit an sich. Ein *capite diminutus* ist jetzt eine andre Person, als die er zuvor gewesen.

§ **384**] Da der *status familiae* nur privatrechtliche Elemente (*privata jura hominis et familiae ejus: Ulp. fr. 6. D. de cap. min. 4, 4*) und nur solche des strengen Civilrechts (*jus legitimum: Gai. 3, 27*) begreift, so beschränken sich auch die Wirkungen der *cap. dim. minima* hierauf. Demgemäß *cap. diminutione interveniente* a) *publica jura non intervertuntur*, z. B. Staats- oder Richteramt, Senatorwürde (*fr. 5. D. eod.*); b) ebenso wird salvirt, was mit dem *jus publicum* im Zusammenhang steht, z. B. *conubium* (daher Eheband) und *munus tutelae*, mit Ausnahme der legitimen Agnatentutel (*fr. 6. pr. D. eod.*); c) auch bleiben von den Privatrechtsverhältnissen alle aus dem *jus gentium* oder *jus naturale* herleitbaren aufrecht (*perseverant, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*), also die auf prätorischem Schutz beruhenden, oder aus dem *gentium* in den *mos civitatis* eingedrungenen, oder aus *jus naturale* stammenden Rechtsverhältnisse, z. B. *actio injuriarum* und andere Delictsklagen (*nemo delictis exuitur: Ulp. fr. 2. § 3. D. eod.*), *actio de dote* und *querela inofficiosi testamenti*, alle auf Cognation gegründeten Erb- und Vormundschaftsrechte, bez. die *res in facto potius, quam in jure consistentes* z. B. *legatum in annos singulos*, *legata habitatio* (*fr. 7. 8. 10. D. eod.; Gai. 3, 27*).

Dagegen erliegen dem Einfluß der Statuswandlung die *in jure legitimo* begründeten Privatrechtsverhältnisse (*pereunt, intervertuntur*), vor Allem also alle durch das Agnationsband gehaltenen Rechtsverhältnisse, z. B. die agnatischen Vormundschafts- und Erbrechte, sowie die Patronats- und Gentilitätsrechte, die *patria potestas*, ferner auch die Obligationen des strengen Civilrechts, indem diese nur als *naturales* fortbestehen (*Ulp. fr. 2. § 2. D. eod.*). Intact bleiben die dinglichen Rechte, indem dieselben ein naturales Element in sich tragen, mit Ausnahme des *ususfructus* und *usus* (*Gai. 1, 158; 3, 83; Ulp. 28, 9*). — Zu Gunsten der Gläubiger des *capite minutus*, z. B. des *arrogatus*, welcher *desinit jure civili debere*, wird aber vom Prätor durch Fiction die *rescissio cap. diminutionis* angenommen und *actio utilis* ertheilt, so daß jener *obligatus manet*, und, wofern der *pater arrogans* sich nicht zur Defension versteht, *minuti bonorum venditio* gewährt wird (*Gai. 3, 84; 4, 38; fr. 2. § 1. D. eod.; Paul. 1, 7, 2*).

Literatur: 1) Aeltere Schriften: *de Retes Opusc. lib. VI.* (Salmant. 1658) in Meermann's *Thesaur. VI.* p. 274 sq. Cujacius *Observat. IV, 9; XI, 23; XXVI, 2; XXVII, 33.* Faber *Conjectur. jur. civ. lib. X.* Vergl. auch Göttling Röm. Staatsverfass. S. 117. u. Becker Alterth. II. 1. S. 109. — 2) Hase d. *jus postliminii* u. d.

fictio legis Corneliae (Halle 1851) S. 5—7. — 3) Mommsen Röm. Gesch. I. S. 793. Anm. — 4) v. Madai d. Statu Liberi d. R. R. (Halle 1834). — 5) v. Vangerow Ueb. d. *latini Juniani* (Marb. 1833). — 6) Böcking Pand.-Institut. I. § 47. S. 189. — 7) Zimmern Röm. R.-Gesch II. S. 450. Huschke Ueber d. Stelle d. Varro v. d. Liciniern (1835) S. 80. Anders Heineccius *Antiq. Rom. synt. App. I.* § 23. u. Schilling Instit. II. S. 107. — 8) s. Cursus § 325. u. Schilling II. S. 104. 105. — 9) v. Vangerow ebendas. S. 203 ff.

IV. Kapitel.

C. Gattungsmäßige Beziehungen der Persönlichkeit.

Ehe, Verwandtschaft, Affinität.

§ **385**] I. Der Plan der Gattung im Allgemeinen. Das menschliche Individuum steht im wirklichen Leben nie im extremen Sinn als Einzelwesen da, sondern im genetischen und wesentlichen Zusammenhang mit seines Gleichen, d. h. mit seiner Gattung. Durch das Urwort des Schöpfers: „Seid fruchtbar und mehret euch!“ ist es der Willensthat des Menschen selbst überlassen, die Gattung zu constituiren durch Fortpflanzung aus eigner d. h. von Gottes Gnaden inwohnender Kraft, und durch Scheidung der Geschlechter ist die Paarung und Begattung zur Bedingung und Form der Zeugung und Fortpflanzung gemacht.

So sind Paarung und Zeugung die beiden Fäden, aus welchen das Gattungsband der Menschheit sich zusammensetzt, und auch jeder dieser Fäden ist ein Gattungsband eigner Art, denn Paarung ist freie Verbindung Einzelner d. h. zweier durch Geschlecht Getrennter, und Zeugung ist natürliche Entfaltung des Einen in Mehrere, die in der Abstammung, also genealogisch Eins, im Bestand, also individuell, getrennt sind. Wenn wir die Gattung der Menschen, die ein Organismus ist, einem Bau vergleichen, welcher sich in horizontaler und verticaler Richtung ausdehnt, so wird das Paarungsband die horizontale, das Zeugungsband die verticale Ausdehnung zu nennen seyn.

§ **386**] Nach Römerart ist aber dieser Plan der Gattung im Römischen Recht nicht einfach angenommen, vielmehr in freier Weise gestaltet und das Wilde civilisirt worden, denn 1) nicht jede willkürliche Paarung, sondern nur die auf *conubium* beruhende und in die Schranke der Monogamie eingehegte Geschlechtsverbindung ist mit der Vollkraft einer rechtlichen Ehe (Legitimität) ausgestattet, jede andere sei es auf Dauer angelegte oder nur vorübergehende Geschlechtsverbindung (*matrimonium cum peregrino, latino contractum, concubinatus, stuprum etc.*) nur *jure gentium* oder *naturali* anerkannt, bez. höchstens tolerirt oder auch ausdrücklich reprobrirt; 2) nicht jede natürliche Zeugung, sondern nur die durch *conubium* bedingte und in die Schranke der (*patria*) *potestas* eingehegte Abstammungseinheit ist als ächte Verwandtschaft (*agnatio*) anerkannt,* und jede andere ent-

*) s. unten § 393.

weder nur in abgeschwächter Maße rechtlich zugelassen, oder ignorirt, bez. gar negirt (*naturalis cognatio per se*, *liberi sine patre*).

Auch erweiternd steht das Römerrecht frei über dem Naturplane, denn 1) im Wege der *coemtio fiduciaria* wird ein formales, eheähnliches Verhältniß der *manus*, und 2) durch Adoption ebenso ein künstliches Verwandtschaftsband geschaffen. So wenig jenes auf Begattung abzweckt, so wenig ist dieses auf Abstammung beruhend, aber die Form der *manus* und der *potestas*, die sonst mit der Naturordnung zusammenzugehen pflegt, hat sich hier zum selbständigen Verbindungsprincip constituirt.

§ **387**] Von drei Kreisen zugethaner Personen dachte der einzelne Römer sich umgeben: aus ihnen besteht seine „Freundschaft" im weiteren patriarchalischen Sinn; den engsten Kreis bilden die *necessarii*, so genannt mit Hinblick auf die Naturseite des Gattungsbandes; an diesen schließt sich in natürlicher Nachbarschaft der weitere Kreis der *affines*, welcher endlich vom äußersten ins Unbestimmte und Wechselnde zerrinnende Kreise der *amici* umgeben ist (*Ulp. in fr. 1. § 23. D. de ventre 37, 9*). Unter *amici* werden sonst auch die Verwandtten, ja, wenn der Familienrath[1] gemeint ist, diese wohl vorzugsweise oder ausschließlich gemeint; die Affinität ist das Resultat des Zusammentreffens der beiden Gattungslinien: Begattung (Ehe) und Abstammung (Verwandtschaft); in den Verwandtschaftskreis ist vorläufig immer auch das Eheband mit hineingerechnet.

Nach (altnationalem) Römerrecht ist nämlich die (ächte) Ehe nicht als selbständiges Gattungsband, sondern als Abstammungsband formulirt und demgemäß dem Verwandtschaftstypus untergeordnet, die Römer haben auch hierin sich über die Naturordnung gewissermaßen hinweggesetzt, und während sie im Uebrigen die beiden Bänder der Ehe und Verwandtschaft mit strengem Ernst auseinanderhalten (Ehehindernisse der Verwandtschaft), doch gleichsam die horizontale Linie der Ehe in der Verticallinie der Verwandtschaft formell aufgehen lassen, indem sie die Gattin in ächter Ehe unter den Gesichtspunkt der Haustochter stellten.

§ **388**] II. *Cognatio*. Aus der Begattung durch Abstammung erbaut sich der Familienkörper im weiteren Sinn, der in seinen natürlichen Umrissen so weit reicht, als das Bewußtseyn und die Merkmale der Blutseinheit sich erhalten. Der Ausgangspunkt liegt in der Zweiheit des Geschlechts (*sexus*), aus ihr entspringt das Geschlecht (*generatio*) als eine durch die Zeiträume sich erstreckende Reihenfolge Abstammender, und entfaltet sich das Geschlecht (*domus et gens*) in dem Sinn eines gegliederten und im Flusse des Werdens und Vergehens der Glieder doch einheitliche Welt im Kleinen. Unser Wort Geschlecht drückt also drei Beziehungen in Eins aus und umfaßt insofern Ehe und Verwandtschaft gleichermaßen.

Die Verwandtschaft im natürlichen Sinn ist, weil auf Blutseinheit beruhend, durch Naturproceß bedingt und insofern unfreier Art; sie

ergreift den Menschen, indem sie ihn in Bezug zu bestimmten Anderen setzt, nicht als ein erkornes, sondern als ein angebornes Band: daher ist die *consanguinitas* (*fr. 1. § 10. D. de suis hered. 38, 16; Isid. 9, 6*) eine *necessitudo sanguinis* (*fr. 12. D. de J. et J. 1. 1; fr. 2. D. in jus vocati, 2, 6; l. 6. C. de susp. tutor. 5, 43*), und die so Verbundenen, die eben dadurch als einem besonderen Kreise innerhalb der Gattung angehörig von allen Uebrigen (*extranei*) ausgeschieden sind, heißen *necessarii* (*fr. 1. 3. D. si in jus v. 2, 6; fr. 60. D. de pact. 2, 14; l. 4. C. qui petant tutor. 5, 31*), auch *necessarii conjunctique* (*l. 27. C. de donat. 8, 54*) oder *propinqui* (*Gai. 2, 182*), und gelten für viele positivrechtliche Bestimmungen als *personae exceptae*.

In bildlicher Darstellung wird der verwandtschaftliche Bezug und Zusammenhang durch Linien, welche zwischen den verbundenen Personen gezogen werden, ausgedrückt, indem dabei Gatten neben, Abstammende unter einander gesetzt, Geschlechtsverbindungen also durch wagerechte Striche oder dem Wagerechten sich annähernde Bogenlinien, Abstammungen durch lothrechte Striche ausgedrückt werden.* Durch bildliche Zusammenstellung solcher Verbindungen Näherer oder Entfernterer entstehen die s. g. Verwandtschaftstabellen (*stemmata cognationum*), von denen die Stammbäume, d. h. Uebersichten ganzer Familien oder Geschlechter durch beglaubigte Zurückführung auf den Urahnen, eine Anwendung sind.**

§ **389**] Man unterscheidet 1) rücksichtlich der Geltung der Geschlechtsverbindung, aus welcher die vermittelnde Zeugung hervorgegangen ist, eheliche und uneheliche Verwandtschaft (*legitima* und *illegitima cognatio* im modernen Sinn). Indem im Recht der Kaiserzeit das Concubinat rechtlich anerkannt wurde, unterscheiden die Quellen die *liberi naturales*† (Concubinenkinder) in mancher Beziehung von den aus vorübergehender oder verbotner Geschlechtsverbindung Entsproßnen (*spurii, νόθοι, vulgo quaesiti*).

Zu den *spurii* gehören a) die *ex meretrice nati*, b) *ex stupro* (*honestae personae*) *procreati*, c) *adulterini*, d. h. uneheliche Nachkommen eines Gatten, und d) *incestuosi i. e. ex nefariis nuptiis* (Blutsschande) *geniti.*[2]

Die Terminologie der Neueren weicht mehrfach von den Quellen ab, indem jene unter *vulgo quaesiti* vorzugsweise die Hurenkinder, unter *spurii* die *ex stupro* erzeugten verstehen und die *adulterini incestuosi* unter dem Ausdruck *ex damnato coitu nati* zusammenfassen.

§ **390**] Man unterscheidet 2) rücksichtlich der Art des Zusammenhangs gerade Linie (*linea recta*), welche nur von einander abstammende Personen umfassend durch einander hindurch auf den gemeinsamen Ahnen zurückläuft, und Seitenlinie (*linea transversa s. obliqua s. collateralis*), welche in dem geschwisterlichen Verhältniß wurzelnd durch gemeinsame Abstammung beider fraglichen Personen von

*) Vergl. Tafel I. u. II. **) Vergl. Tafel VII. †) Vergl. dazu unten § 394.

einem Dritten als beiderseitigem Ahnen (Stammvater, *stipes communis*) begründet ist.

Die gerade Linie zerlegt sich von einer bestimmten Person aus, welche als genealogischer Mittelpunkt gegeben ist und in den Verwandtschaftstabellen mit *Ego* bezeichnet wird,* in die aufsteigende (Adscendenz, *linea superior s. adscendentium*) und absteigende Linie (Descendenz, *linea inferior s. descendentium*).

Die Seitenverwandtschaft einer gegebenen Person (des *Ego*) geht immer nur von deren Adscendenz aus, aber indem diese Seitenverwandten in der Folge der Zeugungen theils über, theils unter dem *Ego* zu stehen kommen, verhalten sie sich zu ihm ähnlich wie Adscendenten oder Descendenten (*parentum liberorumque loco*: *§ 5. J. de nupt. 1, 10*). Abgesehen hiervon unterscheiden sich innerhalb der Seitenverwandtschaft besondere Gruppen dadurch, daß die Abstammung sich von näheren oder entfernteren Adscendenten abzweigen, und jeder solche Zweig als eine Linie für sich erscheint. Alle so von Einem Adscendenten als gemeinsamem Stammvater (gewöhnlich wird dabei die Stammmutter nicht besonders in Rücksicht gezogen) sich abzweigenden Linien bilden immer zusammen einen Stamm (auch Linie genannt, *stirps*). Stamm ist demnach ein durchaus relativer Begriff, denn ein großer Stamm kann sich wieder mehrmals in Unterstämme gliedern, und unter dem obersten Stammvater eine Anzahl näherer Stammväter, d. h. Begründer jüngerer und demgemäß engerer oder kürzerer Stämme (Zweige) hervortreten.

Im Bilde der Verwandtschaftstabelle behauptet die gerade Linie die Form der fortgesetzten einfachen Linie, während die Seitenlinie sich der Figur eines Kreises anzunähern strebt.**

§ **391**] Man unterscheidet 3) rücksichtlich des Maßes der Verwandtschaft nähere und entferntere Verwandtschaft. Der allgemeinste, d. h. auf die gerade und Seitenlinie gleicherweise anwendbare Maßstab ist der Grad (*gradus*, s. Paul. in *fr. 10. § 10. D. de grad. 38, 10*): erster, zweiter, dritter u. s. w. Grad† ist der nach der Anzahl der zwischenbefindlichen Zeugungen gemessene Abstand zweier Verwandten. Grundsatz der *computatio graduum* ist, daß jede weitere Zeugung einen Grad mehr bildet, *semper generata quaeque persona gradum adjicit*, daher *quot generationes, tot gradus* (*§ 7. 8. J. de grad. 3, 6*), und in der Anwendung: *qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi: similiter enim accedentibus singulis crescit numerus* (*Paul. fr. 10. § 9. D. eod.*). — Insgemein wird nicht über den 6. Grad hinausgerechnet, weiterhin werden die Adscendenten und Descendenten kurzweg *Majores* und *Posteriores* genannt; in der Seitenverwandtschaft aber ist in den gewöhnlichen Tabellenkreis noch den *sobrino sobrinave natus* aufzunehmen Römische Sitte.

Die Seitenverwandtschaft könnte auch nach der geringeren oder größeren Entfernung des *stipes communis*, von welchem sie ausgeht, ge-

*) Vergl. Tafel III. **) Vergl. Tafel V. †) Vergl. Tafel V.

messen werden, so daß alle zur Seite gehende Nachkommenschaft des näheren *stipes comm.* nähere Verwandtschaft wäre, als irgend ein Nachkomme eines entfernteren Adscendenten. Dieser Maßstab (s. g. Linealprincip) würde allerdings der natürlichen Untergliederung des Gesammtstammes Rechnung tragen und sich mit den Grundzügen des Geschlechtsorganismus in stetigem Einklang halten, während mit der einseitigen Durchführung des Gradualprincips das Innere des Familienkörpers in lauter individuelle Größen aufgelöst wird. Aber dieses Princip ist das einfachere und im Römischen Recht allein anerkannte.

Dagegen unterscheidet das Römische Recht in der Seitenverwandtschaft mit Rücksicht auf die Grade eine gleiche und ungleiche Verwandtschaft (*linea collateralis aequalis* und *inaequalis*), d. h. gleiche und ungleiche Entfernung vom gemeinsamen Stammvater; letztere heißt *respectus parentelae*, wenn die eine Person im 1. Grade vom *stipes communis* abstammt, die andere entfernter ist: jene ist dann für diese eine Respectsperson (*parentum loco habentur: § 5. J. de nupt. 1, 10*).

§ **392**] 4) Rücksichtlich des Grundes[3] erscheint das Verwandtschaftsband entweder a) als ein ganzes oder getheiltes: hiernach unterscheidet man vollbürtige (*bilateralis*) und halbbürtige (*unilateralis*) Seitenverwandtschaft:* jene gründet sich auf Gemeinsamkeit beider Stammeltern, diese liegt vor, wenn nur der Stammvater oder die Stammmutter gemeinsam ist; vollbürtige Geschwister heißen *germani* (*Fronto de differ. vocab. v. frater*), halbbürtige aber *consanguinei* (nur durch den Vater—) und *uterini* (nur durch die Mutter verbundene; *Isidor. 9, 6*); Voraussetzung der (ehelichen) Halbbürtigkeit ist immer eine Auflösung der Ehe des gemeinsamen *stipes* (durch Tod oder Scheidung) und dessen Wiederverehelichung; b) als ein einmaliges oder mehrmaliges Band: hiernach unterscheidet man einfache (*simplex*) und mehrfache Verwandtschaft (*multiplex*). Letztere ist immer bedingt durch Eintritt der Geschlechtsverbindung in den Verwandtschaftskreis und kann demgemäß definirt werden als die durch Verehelichung zweier Verwandten begründete Verflechtung verschiedener Abstammungslinien. Paulus erwähnt den Fall, *si mulieres altera alterius filio nupserint; nam qui ex his masculi nati fuerint, invicem patrui sunt; quae feminae, invicem amitae; item masculi feminis similiter patrui, feminae illis amitae* (*fr. 10. § 14. D. de grad. 38, 10*). Sonst wird in den Quellen der Complication mehrfacher Verwandtschaft verhältnißmäßig selten gedacht: die Römer waren von je dem Ineinandergehen des Verwandtschafts- und Ehebandes abhold.

Man zählt folgende Complicationen** auf: aa) wenn Verwandte mit einander Kinder zeugen; bb) oder mit zwei anderen gleichfalls unter sich verwandten Personen Kinder zeugen (s. die angeführten Fälle des Paulus); cc) oder mit demselben Dritten Kinder zeugen (Halbbürtigkeit); dd) wenn Personen, die mit einem Dritten verwandt sind, mit einander Kinder zeugen, z. B. ein Halbbruder des Sempronius von Vatersseite und desselben Halbschwester von Mutterseite zeugen Kin-

*) Vergl. Tafel IV. **) einige derselben s. in Tafel IV.

der: diese sind doppelt Neffen und Nichten des Sempr.; ee) wenn zu der leiblichen eine Adoptivverwandtschaft kommt, z. B. der mütterliche Großvater seinen Enkel an Sohnesstatt annimmt (*§ 7. J. de adopt. 1, 11*).

§ **393**] III. *Agnatio.* Die Grundidee der Verwandtschaft im nationalrömischen Sinn hing mit der *familia* im alten Sinn zusammen, diese aber beruhte auf dem Begriff der Hausgewalt; man unterschied *familia* im engern Sinn (*jure proprio*: *Ulp. fr. 195. § 2. D. de V. S.*), d. h. die Gesammtheit der im *paterfamilias* durch dessen *patria potestas* (bez. *manus*) zusammengefaßten Angehörigen, und *familia* im weitern Sinn (*jure communi*), d. h. *omnes ex eadem domo et gente proditi*, welche, wofern der *stipes communis* noch am Leben wäre, unter dessen *patria potestas* bez. *manus* vereinigt seyn würden; dies aber ist zugleich der Agnatenkreis, *communi jure familiam dicimus omnium agnatorum.* Demnach bildet nicht die *sanguinis ratio* als solche, sondern das nationale Institut der *potestas* die Grundlage der Verwandtschaft im Römerrecht; daher 1) gehören nicht zum Agnatenkreise die nur durch eine *femina* zusammenhängenden, weil eine Frau nicht Inhaberin der *patria potestas* seyn und das Band durch sich hindurch nicht fortpflanzen kann, *mulier familiae suae et caput et finis est* (*fr. 195. § 5.* und *fr. 196. § 1. D. de V. S.*), und 2) ist die Verwandtschaftsformirung von dem Gedanken beherrscht, daß es der autonome Wille des *paterfamilias* sei, welcher die Peripherie seines Verwandtenkreises ziehe: er kann auf dem künstlichen Wege des Rechtsgeschäfts sich Agnaten (Kinder u. s. w.) anzeugen (Adoption und Manusehe), und anderseits gehören von den natürlich erzeugten Nachkommen nur die zum Agnatenkreise, welche er durch *causae probatio*, bez. *legitimatio* zu Agnaten erhoben, und welche er nicht durch Rechtsgeschäft (Emancipation) von demselben abgelöst hat. Außerdem sind an sich von diesem Kreise ausgeschlossen alle nicht aus vollgültiger Römer-Ehe gezeugten, sowie alle eine *capitis diminutio* erleidenden Nachkommen nebst deren erst nach solcher Ausscheidung (*fr. 6. D. unde legit. 38, 7?*) gebornen Abkömmlingen.* Hiernach ist der Agnatenkreis theils weiter, theils enger als der Cognatenkreis: beide Kreise greifen wesentlich in einander und decken sich größtentheils, aber nicht völlig, denn ihre Mittelpunkte sind verschieden.

Gaius definirt die Agnation nicht genau, da er nur den Zusammenhang durch Personen männlichen Geschlechts betont, die normale Gestaltung im Auge haltend: *sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati* (*Gai. 1, 156; 3, 10; fr. 7. D. de leg. tut. 26, 5* und danach *Coll. leg. Mos. XVI, 2, § 10*), genauer sagt Ulp. 11, 4 (*jct. 26, 2*): *a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes, ejusdem familiae* und ähnlich Paul. in *fr. 10. § 2. D. de grad.* (*38, 10*). Die *proximi agnati* d. h. der Hausgewalt unmittelbar unterworfnen und folglich mit Wegfall des Gewalthabers (*ipso jure*) selbständig werdenden Familienglieder heißen *sui* und bilden erbrecht-

*) Vergl. Tafel VI.

lich einen engeren Kreis für sich (*sui s. domestici heredes*): Vergl. *Gai. 2, 156. 157; Ulp. 22, 14; 26, 1; fr. 14. D. de suis* (*26, 16*), *Coll. leg. Mos. XVI, 3. § 6;* demnach werden unter *agnati* oder *legitimae personae* gewöhnlich nur die Seitenverwandten verstanden und die Agnaten ersten Ranges als *consanguinei* bezeichnet (*Ulp. 26, 7; Coll. XVI, 3. § 3*).

§ **394**] IV. Das Cognationsband in rechtlicher Beziehung. In alter Zeit war die *naturalis ratio sanguinis* an sich rechtlich unerheblich; „*jus consanguinitatis*“ bezeichnet demgemäß auch später die *legitima cognatio* ohne Rücksicht auf das Naturband, also die fingirte oder Adoptivverwandtschaft so gut, wie die mit Blutseinheit verbundene Agnation (*Gai. 3, 24; fr. 6. D. unde legit. 38, 7; fr. 4. D. unde cogn. 38, 8*). Es ist hiernach auch zu vermuthen, daß ursprünglich die Unterscheidung von Graden minder hervortrat (keine *graduum successio!*), ingleichen erklärt sich so, daß die *sanguinis ratio* schlechthin als *proximitatis nomen* bezeichnet wird (*fr. 3. 4. D. eod.*), und hat sich hiernach die Regel erhalten: *qui est agnatus, et cognatus est* (*Paul. fr. 10. § 4. D. de grad. 38, 10*), d. h. ein Adoptivkind wird in der Regel, wo von Cognaten die Rede ist, mit darunter verstanden.

Nach und nach, sowohl durch einzelne *leges* (z. B. *Cincia*), als namentlich durch das prätorische Edict, ward auch auf die *sanguinis ratio* als ein *naturale nomen* (*fr. 10. § 4. D. cit.*) Gewicht gelegt, und somit die natürliche *cognatio* (*genus: Ulp. fr. 1. pr. D. de lib. causa 40, 11*) als ein eigener Begriff und Personenkreis nach ihren Grad- und anderen Beziehungen festgestellt, ja gewissen, endlich allen *cognati* in diesem Sinn ein Erbrecht zugestanden, gleich als ob an die Stelle des alten Gentilenkreises das *genus cognatorum* treten sollte. Zuerst geschah dies, indem lediglich nach Gradesnähe, also ohne Unterschied der Verwandtschaftslinien, dann, indem auch der leiblichen Descendenz und Adscendenz als solcher gewisse Rechte (Erb- und selbst Alimentations- bez. Dotationsansprüche*) eingeräumt wurden.[4] Es ist schwer zu scheiden, was hier von den neuen Einflüssen dem *jus gentium* und was dem *jus naturale* zuzuschreiben sei: die eigentliche Vollendung des Cognationssystems erfolgte jedenfalls unter dem Einflusse von Ideen, welche dem Kreise des *jus naturale* angehören. Am deutlichsten zeigt das die Berücksichtigung des dem *jus extraordinarium* zufallenden Concubinats, dessen Sprößlinge vorzugsweise *liberi naturales* hießen.

Jetzt war es von Interesse, das aus den verschiedenen Elementen gebildete Verwandtschaftssystem zusammenzufassen; in demselben trat die Cognation bedeutend hervor: „*naturalis*“, z. B. *pater, filius*, bezeichnete jetzt oft den leiblichen Verwandten überhaupt im Gegensatz des Adoptivverhältnisses (z. B. in *fr. 30. D. de inoff. test. 5, 2; fr. 7. § 1. D. de adopt. 5, 7*), und der Ausdruck „*cognatio*“ erweiterte sich zum *generale nomen*, welches im weiteren Sinn auch die *agnatio* mit begriff. In Uebereinstimmung damit unterscheidet Modestin drei Arten

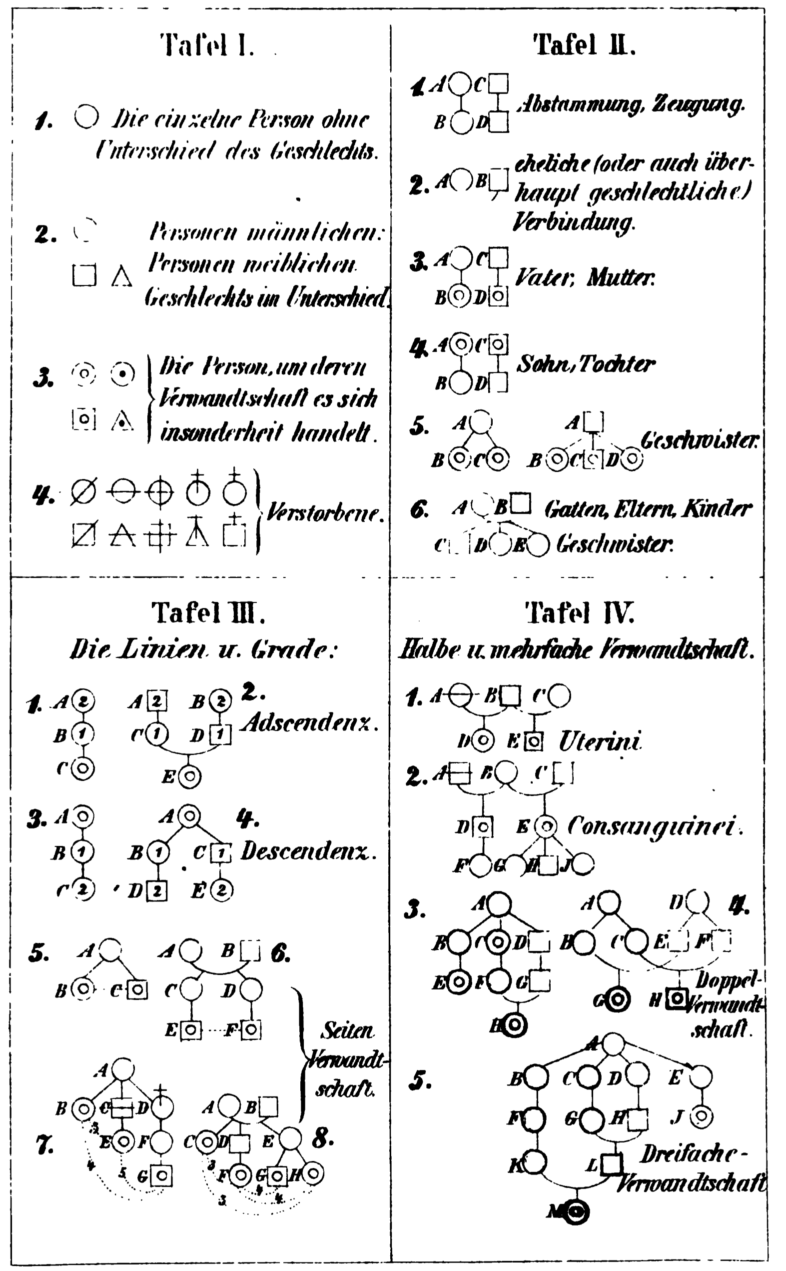
---

*) s. Excurs S. 342.

[illegible]

[illegible] ... demnach [illegible] fr. 10. pr. D. [illegible] fr. 5. pr. D. de injur. 47, 10) [illegible] quoto gradu mihi aliquis est cognatus, eodem gradu [illegible] mihi est affinis.[5]

[illegible] 1) Klenze, die Cognaten u. Affinen nach R. R. i. d. Zeitschr. f. [illegible] VI S. 1 [illegible] 114. 2) Schilling, Lehrbuch d. Inst. II. § 39. — 3) Hugo, [illegible] Unterschied d. vollb. u. halbb. Seitenverwandtschaft v. d. einfachen u. mehrfachen Blutsverwandtschaft überhaupt, in dessen civilist. Magaz. IV. S. [illegible] Fritz, Zeitsch. f. Civilr. u. Proc. XV. S. 23 ff. — 4) Köppen [illegible] 5) Klenze S. 111. Schilling § 39. Anm. 6.



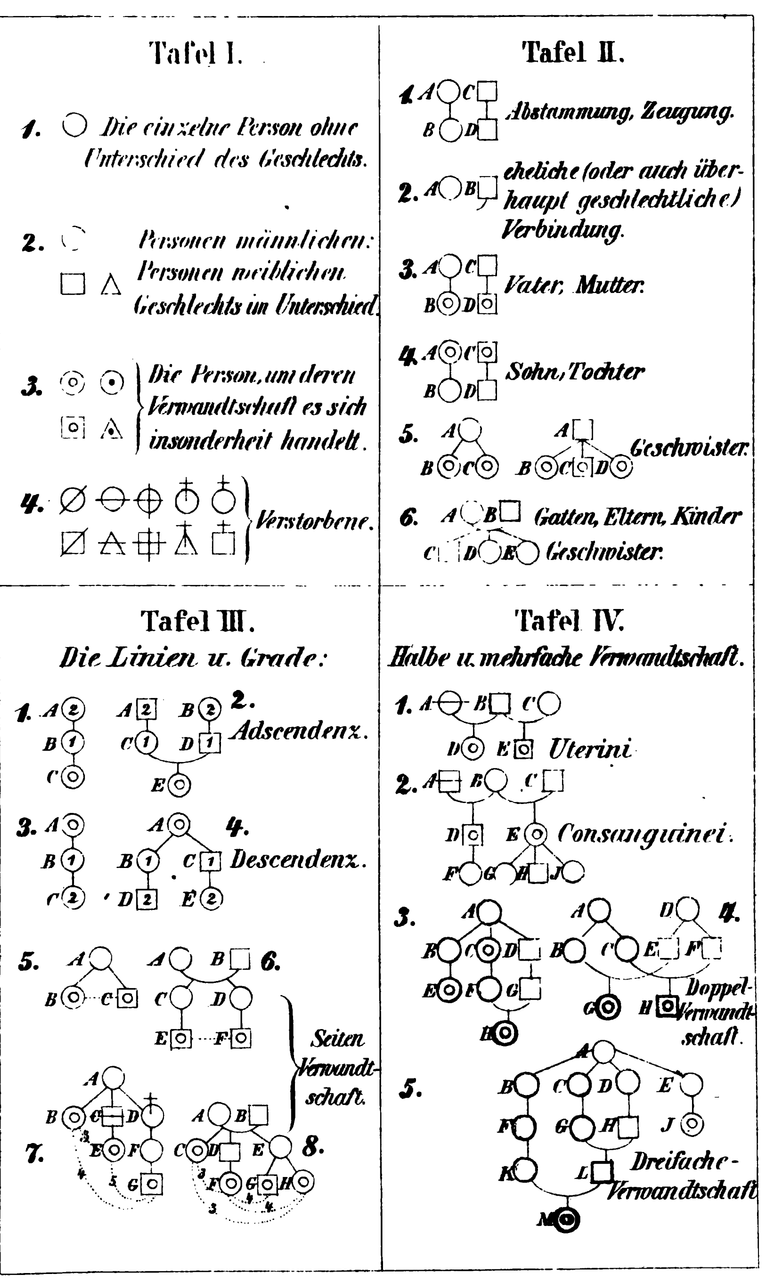
Kuntze, Cursus.

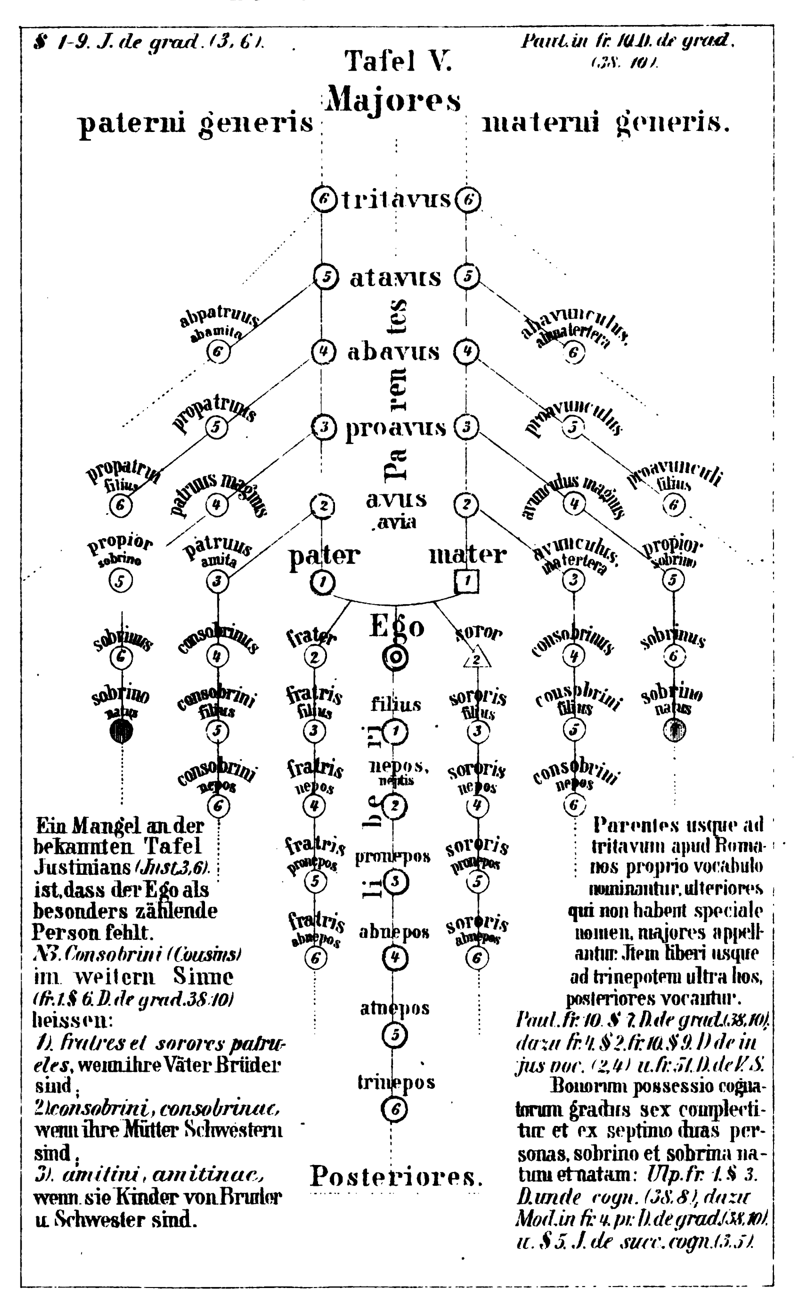
der Cognation (im weitern Sinn): 1) die bloß natürliche oder leibliche (*naturalis per se*), 2) die juristische oder fingirte (*civilis per se*) und 3) die gemischte (*et naturalis et civilis*), indem er sagt: *Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur, nam quaedam cognationes jure civili, quaedam naturali connectuntur; nonnunquam utroque jure concurrente, et naturali et civili, copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intelligitur, quae per feminam descendit, quae vulgo liberos peperit; civilis autem per se (quae etiam legitima dicitur) sine jure naturali cognatio consistit per adoptionem; utroque jure consistit cognatio, cum justis nuptiis contractis copulatur. Sed naturalis cognatio hoc ipso nomine appellatur; civilis autem, licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen agnatio vocatur, videlicet, quae per mares contingit* (*fr. 4. § 2. D. de grad. 38, 10*).

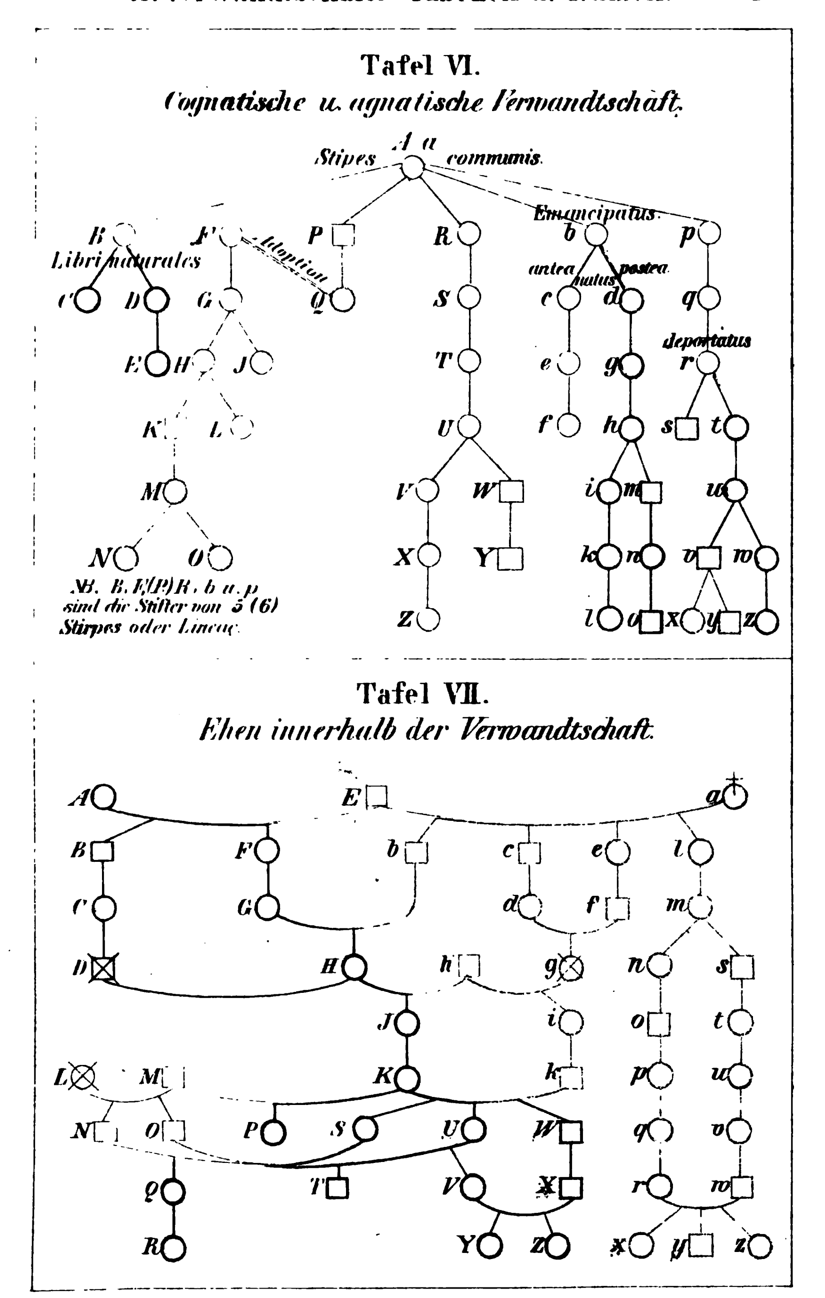
§ **395**] V. Schwägerschaft (*affinitas*). Die Verschwägerung ist ein sich an die Cognation anschließendes (*ad cognationis finem accedens*) und mit derselben auch mehrfach verglichenes Band, nämlich dasjenige, welches den einen Ehegatten (und schon den Verlobten) an die Cognaten des andern Theils knüpft. Hiernach sind keine Affinen 1) bloße Adoptivverwandte und der Gatte (*fr. 4. § 10. i. f. D. de grad. 38, 10;* s. jedoch *fr. 14. pr. § 1. D. de ritu nupt. 23, 2*), 2) die beiderseitigen Verwandten der Gatten untereinander, daher zusammengebrachte Kinder (*comprivigni*, Stiefgeschwister) nicht Affinen sind, 3) die beiden Ehemänner oder Ehefrauen derselben Person, wenn diese vom ersten Gatten geschieden ist, 4) die Affinen des einen Gatten und der andere Gatte, und noch weniger 5) die beiderseitigen Affinen. In den Kreis der Affinität gehört theils die Schwiegerverwandtschaft (z. B. Schwiegervater, Schwägerin), theils das Verhältniß zwischen Stiefvater (bez. Stiefmutter) und Stiefkind.

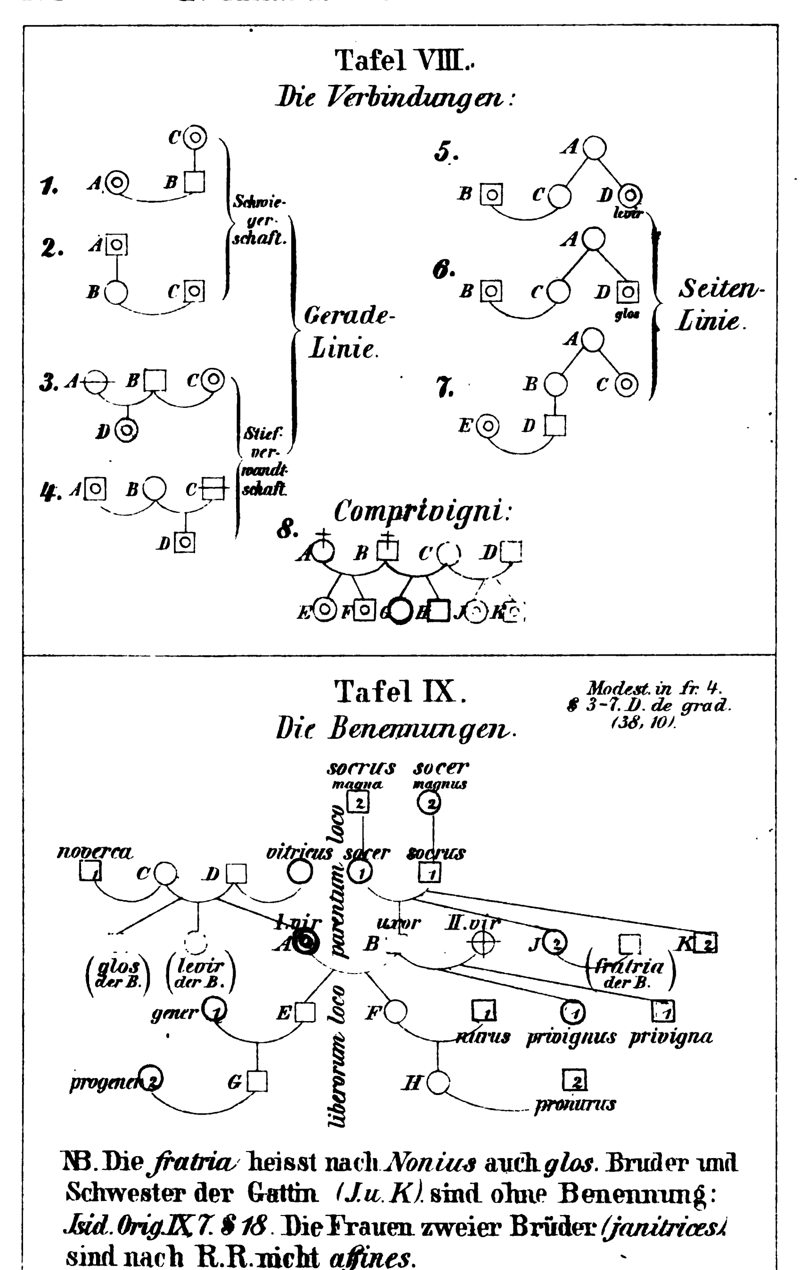
Voraussetzung der Schwägerschaft ist rechte Ehe (*justae nuptiae*), und sie dauert nur so lange, wie dieses Band besteht, *affinitates non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes* (*fr. 3. § 1. D. de postul. 3, 1*). Da somit das ganze Verhältniß nur an der Ehe hängt, ist eigentlich auch die Gradunterscheidung unwichtig, *gradus affinitati sunt nulli* (*Mod. in fr. 4. § 5. D. de grad. 38, 10*), dennoch wird die Unterscheidung auch hier analog angewendet (s. *fr. 10. pr. D. eod.*), und dafür der freilich problematische (s. *fr. 5. pr. D. de injur. 47, 10*) Satz aufgestellt: *quoto gradu mihi aliquis est cognatus, eodem gradu ejusdem conjux mihi est affinis.*[5]

Literatur: 1) Klenze, die Cognaten u. Affinen nach R. R. i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. VI. S. 1—114. — 2) Schilling, Lehrbuch d. Inst. II. § 39. — 3) Hugo, Ueber d. Unterschied d. vollb. u. halbb. Seitenverwandtschaft v. d. einfachen u. mehrfachen Blutsverwandtschaft überhaupt, in dessen civilist. Magaz. IV. S. 184—212; 484—515. Fritz, Zeitsch. f. Civilr. u. Proc. XV. S. 23 ff. — 4) Köppen Röm. Erbr. I. S. 29—33. — 5) Klenze S. 111. Schilling § 39. Anm. 0.


Tafel I.
1. Die einzelne Person ohne Unterschied des Geschlechts.
2. Personen männlichen: Personen weiblichen Geschlechts im Unterschied.
3. Die Person, um deren Verwandtschaft es sich insonderheit handelt.
4. Verstorbene.
Tafel II.
1. Abstammung, Zeugung.
2. eheliche (oder auch überhaupt geschlechtliche) Verbindung.
3. Vater, Mutter.
4. Sohn, Tochter
5. Geschwister.
6. Gatten, Eltern, Kinder Geschwister.
Tafel III.
Die Linien u. Grade:
Adscendenz.
Descendenz.
Seiten Verwandtschaft.
Tafel IV.
Halbe u. mehrfache Verwandtschaft.
Uterini
Consanguinei.
Doppel-Verwandtschaft.
Dreifache-Verwandtschaft


§ 1-9. J. de grad. (3, 6).
Paul. in fr. 10 D. de grad. (38. 10).
Tafel V.
Majores
paterni generis
materni generis.
tritavus
atavus
abavus
proavus
avus
avia
Parentes
abpatruus
abamita
abavunculus
abmatertera
propatruus
proavunculus
propatrui filius
proavunculi filius
patruus magnus
avunculus magnus
propior sobrino
patruus
amita
pater
mater
avunculus
matertera
Ego
frater
soror
sobrinus
consobrinus
consobrini filius
consobrini nepos
fratris filius
fratris nepos
fratris pronepos
fratris abnepos
sororis filius
sororis nepos
sororis pronepos
sororis abnepos
sobrino natus
filius
nepos, neptis
pronepos
abnepos
atnepos
trinepos
liberi
Posteriores.
Ein Mangel an der bekannten Tafel Justinians (Just. 3, 6). ist, dass der Ego als besonders zählende Person fehlt.
NB. Consobrini (Cousins) im weitern Sinne (fr. 1 § 6. D. de grad. 38. 10) heissen:
1). fratres et sorores patrueles, wenn ihre Väter Brüder sind;
2) consobrini, consobrinae, wenn ihre Mütter Schwestern sind,
3). amitini, amitinae, wenn sie Kinder von Bruder u. Schwester sind.
Parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur, ulteriores qui non habent speciale nomen, majores appellantur. Item liberi usque ad trinepotem ultra hos, posteriores vocantur.
Paul. fr. 10. § 7. D. de grad. (38, 10). dazu fr. 4. § 2. fr. 10. § 9. D. de in jus voc. (2, 4) u. fr. 51. D. de V. S.
Bonorum possessio cognatorum gradus sex complectitur et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum et natam: Ulp. fr. 1. § 3. D. unde cogn. (38. 8), dazu Mod. in fr. 4. pr. D. de grad. (38. 10). u. § 5. J. de succ. cogn. (3. 5).


Tafel VI.
Cognatische u. agnatische Verwandtschaft.
Stipes
communis
Emancipatus
Adoption
Libri naturales
antea
natus
postea
deportatus
NB. B, F(P)R, b u. p sind die Stifter von 5 (6) Stirpes oder Lineae.
Tafel VII.
Ehen innerhalb der Verwandtschaft.



NB. Die *fratria* heisst nach *Nonius* auch *glos*. Bruder und Schwester der Gattin (*J. u. K*) sind ohne Benennung: *Isid. Orig. IX 7. § 18*. Die Frauen zweier Brüder (*janitrices*) sind nach R.R. nicht *affines*.

V. Kapitel.

D. Die sociale Ausstattung der Person. Ehre, *existimatio*.

§ **396**] I. Ehre ist eine besondere Ausstattung der Persönlichkeit, welche diese mit einem gewissen Glanz umgibt oder ihr gleichsam eine prägnante Färbung verleiht; getragen durch forterbende Sitte thut sie zu den ursprünglichen Elementen* der Persönlichkeit ein weiteres, nun die Geltung eines regelmäßigen Elementes behauptendes, Moment hinzu (*fr. 20. D. de statu hom. 1, 5*). Die Quelle oder der Bestimmungsgrund dieses Glanz- und Farbmoments ist der Lebensberuf, in welchem das Individuum dienend aufgeht und als in seiner Atmosphäre athmet, und, sofern der Beruf eine sociale Richtung und Bedeutung hat, die berufsmäßige Stellung in der menschlichen Gesellschaft, d. h. der Stand. Jeder Stand bewegt sich gewissermaßen auf eigener Verkehrsfläche, aber die Abstufung und Constellation dieser verschiedenen socialen Flächen entzieht sich großentheils der Willensfreiheit und umgibt wie eine Naturordnung bindend den Menschen durch's Leben hindurch; so wenig der Mensch sich seinen Körper willkürlich anzuschaffen vermag, so wenig kann er sich willkürlich eine Ehre beilegen; nur sie preiszugeben und zu verscherzen hängt von seinem Willen und Gebahren ab.

Den Inhalt der Ehre bildet die auf Grund des Berufswerthes dem Individuum zufließende Würde in der gesellschaftlichen Anschauung und Werthschätzung: der Berufswerth aber kann ein verschiedener, und es kann Nationalanschauung seyn, daß es nur Einen ehrenvollen Beruf und Stand gäbe. In der That war dies die Anschauung des ächten Römerthums: für dasselbe gab es eigentlich nur Einen gesellschaftlich anerkannten Lebensberuf, nämlich den Beruf, actives Glied des politischen Organismus des weltbeherrschenden Volks zu seyn, also den Stand eines Römischen Bürgers, und nur eine (Art) Ehre, die Ehre des Römers. Daher die zugleich einseitig nationale und farblose Definition der *existimatio* (Ehre, *fama*) als *dignitatis illaesae status*, *legibus ac moribus comprobatus* (*qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*) von Callistratus in *fr. 5. § 1. D. de extrao. cogn.* (*50, 13*) und die Vergleichung des gänzlichen Ehrverlustes mit dem bürgerlichen Tode (*fr. 5. § 3. eod.*).

In der Kaiserzeit zeigen sich Ansätze einer Ehrenabstufung (*inferior dignitas: fr. 6. 8. D. de Senator. 1, 9*), indem gewisse Rangclassen das Gepräge von Ständen (*superiores*, *inferiores ordines: fr. 4. eod.*) annahmen**: namentlich gilt dies rücksichtlich der Personen von Senatorrang, daher die *senatoria dignitas* besonders genannt wird und besonders verloren gehen kann (*fr. 3. 5. eod. fr. 5. § 2. fr. 6. D. de extrao. cogn. 50, 13*), und rücksichtlich der Personen ohne alle Rangauszeichnung (*plebeji*), welche den *libertini* ziemlich gleich stehen.

*) s. oben Cursus § 362. **) s. oben Cursus § 275.

In gewissem Sinn ist auch von den Personen weiblichen Geschlechts (*major dignitas est in sexu virili*: *Ulp. fr. 1. pr. D. de Senat. 1, 9; fr. 9. D. de statu hom. 1, 5; fr. 1. § 5. D. de postul. 3, 1*), sowie in anderem Sinn von den Freigelassenen (*fr. 21. D. eod.*) zu sagen, daß sie nach Römischer Anschauung geringerer Ehre theilhaft waren, indeß liegt es in der Beschränkung des Weibes auf das Haus und in dem Zusammenfließen der Ingenuität mit der Libertinität in 2. oder 3. Generation, daß hier keine besonderen Arten der Ehre zur Ausbildung kamen und der Gesichtspunkt der Civität vorwaltend blieb.

§ **397**] II. Die Römer sprechen 1) von *consumtio existimationis* (Untergang oder Abschneidung der Ehre, Ehrlosigkeit): da der Inhalt der Ehre nach ihrer Anschauung wesentlich mit der Civität zusammenhängt, so fällt auch der völlige Ehrverlust mit ihrem Begriff der *magna capitis diminutio* zusammen (*fr. 5. § 3. D. de extrao. cogn. 50, 13*); 2) von *minutio existimationis* (*infamia*, Schmälerung oder Minderung der Ehre): sie ist nicht eine Verkürzung, sondern nur gleichsam Befleckung der Persönlichkeit, wodurch deren natürlicher Glanz verdunkelt, ihre Farbe besudelt, oder ihre Gestalt beschattet, entstellt wird; *minuitur existimatio, quotiens manente libertate* (*et civitate*) *circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae Edicto perpetuo infamiae causa enumeratur* (*fr. 5. § 2. D. eod.*). In dieser Schilderung des Callistratus, dessen Existimationstheorie maßgebend wurde, erkennen wir den Stand seiner Zeit,* welchem gemäß die Schmälerungsgründe des neuen *jus extraordinarium* vorwiegend waren. Wir aber haben auch hier zu unterscheiden.

§ **398**] Schmälerungsgründe a) nach Civilrecht: in diesem steht neben dem Recht der XII Tafeln das freie und majestätische Censoramt der Republik, die ideale Spitze der ehemaligen Aemterstaffel. Aus den XII Tafeln ist nur erwiesen, daß ein Solennitätszeuge, der dann Zeugnißablegung versagte, hinfüro solennisirungsunfähig seyn sollte[1]: *qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto* (*Gell. 15, 13*; dazu *Gai.* in *fr. 26. D. qui test. fac. poss. 28, 1*); unaufgehellt ist die eigentliche Bedeutung des *tutoris suspecti crimen*[2] *ex XII tabb.* (*Cic. de offic. 3, 15*) und die *publica accusatio propter circumscriptionem adolescentium*[3] *ex lege Plaetoria* (*Cic. de nat. deor. 3, 30*) mit ihren Folgen der Entehrung.

Daneben gehörte es zum Amte der Censoren, gegen Bürger, welche durch ungebührliches Verhalten oder schimpflichen Wandel die öffentliche Sitte beleidigend Anstoß oder Aergerniß gaben, eine officielle, sittenrichterliche Rüge zu verhängen (*nota s. animadversio censoria*), was durch einen Vermerk in der Bürgerliste geschah (*notam subscribere in aliquem de aliquo crimine*: *Cic. pr. Cluent. 42—47*), oder

*) s. oben Cursus § 320.

aber nach Gutfinden den Bürger aus dem Senat oder Ritterstand oder gar der Tribus zu stoßen (*senatu, ordine movere, ad aerarios referre*).* Die einen solchen treffende Schande hieß vorzugsweise *ignominia;* aber der Ausspruch des Censor konnte durch Widerspruch eines Collegen oder Ausspruch eines Nachfolgers (oder eine *lex*) aufgehoben werden und band folglich nicht wie ein Proceßurtheil (*Cic. l. c. 42*). Der Censor schritt ein bei Meineid, Ehebruch, leichtsinniger Ehescheidung, Ehelosigkeit, Grausamkeit gegen Untergebene, Schwelgerei, Verschwendungssucht, landwirthschaftlicher und sonstiger Liederlichkeit, Neuerungssucht, Impietät, Verletzung des öffentlichen Anstands, kurz zur Nachachtung alles dessen, was dem *bonus ac diligens paterfamilias,* dem Modell eines ächten Römers, nach der Sitte der Zeit, geziemte.[4] Innerhalb dieses weiten Bereichs war dem Censor ein außerordentlicher Spielraum souveränen Ermessens gelassen, in welchem die Richtung der Zeit und der individuelle, ernste oder laxe, Karakter des Censors Ausdruck finden konnten. Der starke Rahmen der öffentlichen Meinung umfaßte diesen Raum, aber innerhalb dessen erschien Alles gleichsam flüssig.

b) im *jus honorarium*: als auch die öffentliche Meinung in der Sturm- und Drangperiode der letzten 2 Jahrhunderte der Republik unstät zu werden begann, so daß endlich gar die Censur nicht mehr Stand hielt, zeigte sich das Bedürfniß einer allgemeinen und mehr objectiven Regelung des Ehrenpunktes, und dieses ward vom Prätor immer vollkommner im Edict befriedigt, in welchem sowohl die Gründe als die Wirkungen der Ehrenschmälerung festgestellt wurden. Diese zu einem festen Rechtsinstitut entwickelte Ehrenschmälerung des prätorischen Edicts hieß nun vorzugsweise *infamia.* Mit dem Edict stimmt die *tabula Heracleensis*,** welche in *vers. 108—141* eine lange Reihe ehrloser und anrüchiger Personen als von den Municipalämtern ausgeschlossen aufzählt, im Wesentlichen überein, und mehrere Volksschlüsse und *Scta* schlossen sich fortbildend an.[5]

Praetoris Verba dicunt: Infamia notatur, qui ab exercitu ignominiae causa dimissus erit; qui artis ludicrae pronunciandive causa in scenam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui in judicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse judicatus erit; qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine, non contrario judicio, damnatus erit; qui eam, quae in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cujus potestate est; et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine non jussu ejus, in cujus potestate esset, ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia, binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit (Julian

*) s. oben Cursus § 120. 190. **) s. Excurse S. 188.

in *fr. 1. D. de his qui not. inf. 3, 2*). Diese Fälle treten unter zwei Gruppen, indem die Ehrenschmälerung sich entweder aa) an die Thatsache des ehrenrührigen Handelns unmittelbar knüpft und daher solchenfalls *ipso jure* eintritt („*notatur, qui fecerit*": neuerdings s. g. *infamia immediata*): so bei gewissen verächtlichen Gewerben (*ars ludicra, quaestus meretricius, lenocinium*), Bigamie, Trauerjahrsverletzung, vorzeitiger Verehelichung des *tutor* mit seiner Mündel; oder bb) ist bedingt durch richterliche Untersuchung und Strafentscheidung („*notatur, qui damnatus est*", s. g. *inf. mediata*): so zufolge eines *judicium publicum* (z. B. *vis publica: cf. fr. 7. D. de jud. publ. 48, 1*), oder eines Civilprocesses wegen *furtum, rapina, dolus, injuria, sepulcri violatio*, oder einer *actio directa ex deposito, tutela, pro socio* und einer *actio directa* oder *contraria ex mandato* (s. g. *contractus sancti s. famosi*).[6]

c) Wie noch im *jus extraordinarium* neue Schmälerungsgründe hinzugefügt sind, hebt Callistratus in *fr. 5. § 2. D. de extrao. cogn. (50, 13)* (s. oben § 397) hervor. Dahin gehören insbesondere die durch kaiserliche Anordnung eingeführte Strafen und das über einen Vormund verhängte Absetzungsdecret.

§ 399] III. Die Rechtswirkungen der *infamia* betreffen theils das *publicum*, theils das *privatum jus; infames* (*famosi*) entbehren des *jus honorum*[7], und im Privatrecht sind sie unfähig, (ausgenommen für sich selbst und für gewisse Angehörige) gerichtliche Anträge zu stellen (*postulare*)*, gerichtliche Stellvertretung zu üben, und sonach auch, mit Popularklage oder als Cessionar klagend aufzutreten (*fr. 1. § 5. 8. 11. D. de postul. 1, 3; fr. 4. D. de pop. act. 47, 23*): demgemäß schließt sich in den Digesten der *Titulus de his qui notantur infamia* (*1, 4*) an denjenigen *de postulando*. Außerdem entzog die *lex Julia de maritandis ordinibus*** gewissen Ehrlosen auch die Fähigkeit, eine rechtlich wirksame Ehe mit Senatoren und überhaupt mit Freigebornen zu schließen (*Ulp. 13, 1. 2; 16, 2*), und durch Herkommen („*majores nostri*") und die Jurisprudenz („*scio quidem tractatum esse, an*": sagt Pap.) kam hinzu, daß Ehrlose immer ein schwereres Strafmaß im Fall eines Verbrechens zu gewärtigen hatten (*fr. 28. § 16. D. de poen. 48, 19*), und daß ihnen die Function der Solennität und Gerichtszeugen versagt seyn sollte (*testimonii officio eis interdici*): *fr. 1. § 1; fr. 14. 15. pr. fr. 21. pr. D. de test. (22, 5)*.[8]

§ 400] IV. Außer den Fällen eigentlicher *infamia* sollten Magistrat und Richter auch sonst Rücksicht auf Befleckung des Rufs durch verächtliche Lebens- und Handlungsweise nehmen, und namentlich bei Abwägung abzulegender Zeugnisse in Anschlag bringen, inwieweit die durch sittliche Integrität bedingte Zutrauenswürdigkeit der Person geschädigt sei und das Gewicht ihres Zeugnisses darunter leide (*fr. 2. 3. D. de test. 22, 5*). Auch sonst, wo dem Ermessen Spielraum gelassen blieb, war die Frage der *dignitas, gravitas, honestas* aufzuwerfen, z. B. bei der amtlichen Wahl eines Vormundes (*fr. 17. D. de test. tut. 26, 2*), der Ue-

---

*) s. Cursus § 215. 345. **) s. Cursus § 299.

berweisung eines Kindes zur Erziehung (*fr. 3. D. de lib. duc. 43,30*), oder der *querela inofficiosi testamenti* der Geschwister.

Solche Zurücksetzung wegen Makels (Bescholtenheit) ward *levis nota, levis notae macula*, oder *turpitudo* genannt, im Gegensatz der *honestas* (Unbescholtenheit; *fr. 3. 21. D. de test. 22,5*; *fr. 17. § 2 D. de test. tut. 26,2*). Bescholtene hießen *personae turpes, viles objectaeque* im Gegensatz der *honestae* und *integrae* oder *personae fidei exploratae* (*fr. 4. D. de pop. act. 47,23; fr. 28. § 16. D. de poen. 48,19*). In den Quellen (so auch in den zuletzt cit. Stellen) gehen nicht selten *infamia* und *turpitudo* in einander über, indem, was den eigentlichen *infames* versagt ist, auch den bloßen *turpes* unter Umständen versagt werden kann. Ueberhaupt ist der ganze Begriff der *turpitudo* ein fließender, diese nicht zu einem Rechtsinstitut entwickelt, und wird daher von Neueren als *infamia facti* (die eigentliche Infamie als *infamia juris*) bezeichnet.

Uneheliche Geburt an sich machte nicht anrüchig und war daher mit *honestas* verträglich (*fr 3. § 2; fr. 6. pr. D. de decurion. 50,2*).

Literatur: 1) Dirksen Ueb. d. XII Taff. S. 607 ff. Marezoll Ueb. die bürgerl. Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung (Gieß. 1824) S. 85 ff. Schrader *Institut.* (gr. Ausg.) *p.* 292. — 2) Dirksen S. 599 ff. — 3) v. Savigny Verm. Schrift. II. S. 334. — 4) v. Savigny System II. § 79. Ihering Geist d. R. R. II. § 26. — 5) Schilling Instit. II. § 37. Anm. 5. v. Savigny II. S. 171. 206. — 6) Ders. II. § 77. — 7) Ders. II. § 78—82. — 8) Marezoll S. 227 ff. 276 ff. 288 ff. v. Savigny II. Beil. VII.

VI. Kapitel.

II. Die Persönlichkeit der Körperschaften.

(Personen ohne Individualität, juristische Personen.)

§ 401] I. Das Wesen der juristischen Person bestimmt sich zunächst negativ oder gegensätzlich dahin, daß sie eine Person ohne menschliche (leiblich-seelische) Individualität ist. Die positive Wesensbestimmung wird aus der Erfahrung gewonnen, daß es Lebenskräfte, Lebenszwecke und Lebenserscheinungen gibt, welche nicht den Lebenskreis eines einzelnen bestimmten Individuums ausmachen, sondern die Grenzen des Individuums überragend und oft gar colossale Dimensionen annehmend dem eine Individuenmehrheit umfassenden Lebenskreise angehören. Einen solchen genossenschaftlichen Lebenskreis nennen wir Körperschaft im weitern Sinn, sofern der körperhafte Ausdruck der Lebenseinheit, an welchen wir durch die creatürliche Art der Individuen gewöhnt sind, dort fehlt, nur künstlich angenommen und im Bilde festgehalten wird.

Aber nur das Bild des Körperhaften ist eine Künstlichkeit, die darunter gedachte genossenschaftliche Lebenseinheit eine Realität; denn die durch sociale Lebensbedürfnisse hervorgerufnen Gemeinschaften entwickeln im geschichtlichen Zusammenhang der vielen und

wechselnden Individuen solche Vorstellungen und Entschlüsse, welche ihrem Grund und ihrem Zwecke nach nicht einzelnen Individuen, sondern dem Ganzen angehören, dessen Kraft in sich tragen, und mithin eine lebendige Einheit, ein Gemeinwesen verwirklichen. Genossen- oder körperschaftliche Gemeinwesen in diesem Sinn sind sociale Größen, welche mit ihrer eigenen und im Wege organischen Processes entspringenden Schwer- und Triebkraft in den Verkehr eintreten und sich in demselben ähnlich, wie einfache individuelle Einheiten, behaupten und bethätigen; sie bewegen sich da und verfolgen ihre Aufgaben in den verschiedenen Richtungen des socialen Lebens, sie füllen in Gemäßheit derselben bald weitere bald engere Lebenskreise aus, und sind sociale Schöpfungen, lebendige Potenzen, welche dann in gleicher Weise, wie die menschlichen Individuen, vom Rechtsbewußtseyn ergriffen zur rechtlichen Anerkennung gelangen.

Es erhellt hieraus, daß das Recht (der Staat, das Gesetz) solche Körperschaften nicht macht und fingirt, sondern vorfindet, und die Persönlichkeit nicht verleiht, sondern nur anerkennt.

Die Quellen nennen die Körperschaft *corpus*, das Künstliche der (unersichtlichen) Körperlichkeit durch den Zusatz *incertum* (*Ulp. 22,5*) ausdrückend, oder *universitas*, die reale individuumartige Einheit durch die Wendung *nomen universitatis* andeutend *Ulp. fr. 7. § 2. D. quod cujusque univers. 3,4*); solchen Körperschaften (*populus, curia, collegium, corpus*) gegenüber wird das Individuum als *singularis persona* bezeichnet (*Ulp. fr. 9. § 1. D. quod met. c. 4, 2*). — Wir nennen die Personen ohne Individualität mehr oder weniger zutreffend: juristische, mystische oder moralische (fingirte!) und im Gegensatz die mit leiblicher Individualität: natürliche Personen.

§ **402**] II. Eintheilung. Zuerst die Römer haben es zu dem deutlichen Rechtsbewußtseyn gebracht, daß es neben dem *nomen hominis* ein *nomen universitatis* gibt, und daß wie dem Individuum Persönlichkeit zuzuschreiben und eine Privatrechtssphäre eigenthümlich ist, auch eine Körperschaft, indem sie eine wirthschaftliche Seite entwickelt und in den Vermögensverkehr eintritt, Persönlichkeit bewährt, d. h. den Karakter einer Person im privatrechtlichen Sinn annimmt und sich als Trägerin einer Vermögenssphäre erweist.

Die juristischen Personen bilden eine besondere Art in der allgemeinen Personengattung, welche sich hiernach in die Arten der natürlichen und der körperschaftlichen (socialen oder geschichtlichen) Personen theilen läßt. Juristische Personen nennen wir die letzteren mit vorzugsweiser Rücksicht auf das Privatrecht, als Träger von Privatsphären gleichen sie alle einander und bilden insofern eben eine Art; allein ihre sociale Natur ist sehr verschieden, und, sofern durch diese Verschiedenheit die privatrechtliche Fähigkeit beeinflußt ist, haben wir Unterarten der juristischen Personen zu unterscheiden. Dieselben sind im Röm. Recht in verschiedenen Zeitpunkten zur Anerkennung gelangt.

§ **403**] Nach dem Vorbild des *paterfamilias* hat sich zuerst Rom,

die *communis patria* (*communio civium, civitas* schlechthin) zur juristischen Person entwickelt, indem das *nomen populi Romani* anfangs im *numen Jovis Capitolini* transscendent persönlich vorgestellt, und dann das *sacrarium* mit der Profanisirung des Rechtslebens zum *aerarium* umgestaltet wurde; so wurde die *res publica* ein Abbild der *res privata** und konnte zugleich den Prototyp aller weiteren civilistischen Persongestaltungen abgeben. Diese aber waren theils interne, theils externe. Im Schoße der Römischen Central- und Muttergemeinde bestanden religiöse und gewerbliche Genossenschaften (*collegia templorum* und *corpora* im engeren Sinn, z. B. *fabrorum, naviculariorum*, Zünfte), deren wirthschaftlichen Zwecken eignes Zunftvermögen diente,[1] und sie galten mit Rücksicht auf dieses wohl schon frühzeitig als juristische Personen, sofern ihnen nicht die Anerkennung vom Staate ausdrücklich versagt, entzogen war. Daneben trat an den untergeordneten Gemeinden (Colonien, Municipien)** die Vermögensbeziehung hervor, so daß in den von der Römischen Staatskasse abgesonderten Communalkassen die Selbständigkeit der Privatsphäre deutlich wurde, und es ist glaublich, daß die Römer gerade in dieser Anwendung es zuerst zu klarem Bewußtseyn des vorliegenden Rechtstypus brachten.[2]

In den letzten zwei Jahrhunderten kamen dazu auf freiem Plane begründete Vereine zu Geselligkeits- und Erwerbszwecken (*collegia, sodalitates, societates*); dieselben beruhten auf künstlicher Vereinigung, hatten keine unmittelbare Bedeutung für Staat und Gemeinde, und bewirkten keine eigentliche Lebensgemeinschaft der Mitglieder; dennoch erhielten viele derselben den Karakter eines *corpus* durch ausdrückliche Concession des Staates (durch Senat, Princeps): dahin gehören namentlich Verbindungen gewisser Beamtenclassen (z. B. *decuriae scribarum*) und speculirender Ritter (s. g. *societates publicanorum*, z. B. *vectigalium, salinarum, argentifodinarum*). Unter den späteren Bildungen sind die Municipalsenate (*curiae, decuriones*) und die Legionskörper zu nennen, denen gleichfalls Vermögensfähigkeit beigelegt ward, als es im öffentlichen Interesse zu liegen schien, ihnen die Continuität ökonomischer Subsistenzmittel zu sichern.

Die letzte Entwicklungsstufe stellte der Fiscus dar, als dieser immer entschiedener die Bedeutung eines Staatsvermögens an- und endlich das aus der Republik überkommene Institut des Aerarium in sich aufnahm†: indem hier die Beziehung auf den öffentlichen Zweck, d. h. die staatliche Volksgenossenschaft (Reichsbürgerschaft), zusammentraf mit der concentrirten Darstellung im Princeps, wurde die Ausbildung der juristischen Vermögenspersönlichkeit überhaupt so weit gefördert, als es innerhalb der Schranken des antiken Rechtsbewußtseyns möglich war. Der Fiscus bleibt die vornehmste unter den juristischen Personen, und wird ausgezeichnet durch viele Privilegien, namentlich zu Gunsten sei-

---

*) Vergl. Excurse S. 348. **) Vergl. oben Cursus § 290. 294. 295.
†) s. oben Cursus § 192. 280. 329.

ner Schuldverträge, in Betreff des monopolartigen Erwerbs gewisser Sachen und auch der processualen Stellung.[3]

Man pflegt als Classen juristischer Personen zu unterscheiden: 1) den Fiscus d. h. die Vermögenssphäre des Staats; 2) Gemeinden d. h. communale Vermögenssphären, und 3) Corporationen d. h. Vermögenssphären von Zünften und anderen Vereinen mit Corporationsrechten.*

§ **404**] III. Grundsätze. 1) Eine juristische Person kann nicht Subject solcher Rechtsverhältnisse seyn, welche auf der Voraussetzung eines genealogischen oder sonstigen nur für individuelle Personen möglichen Bezuges beruhen, z. B. *patria potestas*, *manus*, *tutela*, verwandtschaftliches Intestaterbrecht. Die Privatsphäre der juristischen Person ist demgemäß reine Vermögenssphäre; zu ihr aber werden *dominica potestas*, Patronat und *mancipii causâ* gerechnet, daher auf diese die Rechtsfähigkeit der juristischen Person sich erstreckt. Ebenso widerstreitet es ihrem Wesen nicht, der Erb- und Vermächtnißfähigkeit theilhaft zu seyn, doch ward die erstere nicht allgemein, zuerst nur für den Fiscus (*Plin. Ep. 5, 7; Ulp. 22, 5. 6*), und für manche Classen erst in der nachclassischen Zeit, die Vermächtnißfähigkeit seit Hadrian und Marc Aurel anerkannt (*fr. 73 § 1. fr. 117. 122. D. de legat. I.; fr. 20. D. de reb. dub. 34, 5*).[4]

2) Die juristische Person hat eine von der Mitgliedschaft der einzelnen Genossen unabhängige Existenz und bleibt daher in allem Wechsel derselben die nämliche Person, *in decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sunt* (*Ulp. fr. 7. § 2. D. quod cuj. univ. 3, 4*), was in einem allgemeineren Sinn und mit Hinweis auf die Analogie der leiblichen Individualität schon von Alfenus ausgesprochen wurde (*fr. 76. D. de judic. 5, 1*).

3) Die der Körperschaftssphäre angehörigen Rechtsverhältnisse sind nicht Rechte und Pflichten der einzelnen Mitglieder, und folglich stehen diese in Ansehung ihres Privatvermögens ganz wie Fremde der juristischen Person gegenüber, sollten sie auch kraft ihrer Mitgliedschaft irgend welchen Genuß- und Lastantheil in Bezug zum Vermögen der juristischen Person haben: *universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum; ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis, et ideo tam contra civem, quam pro eo, posse servum civitatis torqueri, D. Fratres rescripserunt; ideo et libertus civitatis non habet necesse, veniam edicti petere, si vocet in jus aliquem ex civibus* (*Marc. fr. 6. § 1. D. de div. rer. 1, 8*); *si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* (*Ulp.* in *fr. 7. § 1. D. quod. cuj. univ. 3, 4* und in *fr. 1. § 7. D. de quaest. 48, 18*).

---

*) Ueber milde Stiftungen (*piae causae*) vergl. unten den III. Theil. Ueber die *hereditas jacens* s. oben Cursus § 366. u. Excurse S. 311, sowie die Excurse zu vorstehendem Kapitel.

4) Juristische Personen können am rechtsgeschäftlichen Verkehr im eignen Namen theilnehmen und in vermögensrechtlichen Streitsachen als Parteien auftreten, also klagen und verklagt werden (*fr. 2. 3. 9. 10. D. quod cuj. un. 3, 4*).*

§ **405**| 5) Zur Entstehung einer juristischen Person gehört eine Mehrheit vereinter Individuen: eine Normalzahl von Mitgliedern ist unerfindlich, weil die Größe der Zahl bedingt ist durch die verschiedene Art der Lebenskräfte und Lebenszwecke, welche in der Körperschaft Entfaltung und Erfüllung finden; ein Staatsorganismus ist umfassender als eine Gemeinde, eine Gemeinde umfassender als eine Zunft, und ein mit Plan und Statut begründeter Verein kann mit einer sehr geringen Mitgliederzahl beginnen; doch haben die Römer für juristische Personen der letzten Classe (*collegia*) die Dreizahl als Minimum aufgestellt — Marcell. in *fr. 85. D. de V. S.: Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est* —, und es ist darin, obschon bestritten, ein allgemeiner Satz erkennbar, da drei die kleinste Mehrzahl mit der Möglichkeit einer in Beschlüssen Ausschlag gebenden Majorität ist, und Ulpian, indem er zur Herstellung eines *corpus* (*s. familia*) *servorum* mehr als 2 Zugehörige verlangt (*fr. 40. § 3.* und *fr. 195. § 3. D. de V. S.*), für diesen analogen Fall gleichfalls auf die Minimalzahl Drei hinweist.

Die Persönlichkeit aller juristischen Personen ist bedingt durch allgemeine rechtliche Anerkennung, aber diese kann sich entweder stillschweigend auf gewohnheitsrechtlichem Wege vollziehen, oder durch ausdrückliche Acte der Gesetzgebung erklärt werden, und kann entweder auf einzelne Fälle entstehender Personen bezogen oder in allgemeinen ganze Classen juristischer Personen umfassenden Rechtssätzen enthalten seyn. Auf späteren Culturstufen bildet die (generelle und specielle) Anerkennung durch die legislativen Factoren, bez. Regierungsorgane, die Regel, und zwar in der Art, daß, selbst wo gewissen Classen die Persönlichkeit ein für allemal gesetzlich zugesichert ist, immer noch für jeden einzelnen Fall eine formelle Autorisation, Concession oder Declaration der Behörde hinzukommen muß: doch hat dieselbe hier nur den Karakter einer administrativen *causae cognitio* und darauf gegründeten amtlichen Beglaubigung der Personexistenz. Die *societates* und *collegia* in Rom bedurften, entsprechend ihrer mehr willkürlichen Natur, specieller legislativer Autorisation, durch welche die Persönlichkeit nicht bloß declarirt, sondern gewissermaßen geschaffen wurde: *vectigalium publicorum sociis permissum est, corpus habere, item collegia Romae certa sunt, quorum corpus Sctis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum; quibus autem permissum est, corpus habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum Rei-*

---

*) Ueber die Organe des Handelns in diesen Fällen s. die Lehre von der Stellvertretung im Cursus § 417.

publicae, *habere res communes*, *arcam communem et actorem s. syndicum* (*Gai.* in *fr. 1. D. quod cuj. univ. 3, 4*).

6) In Anwendung des Natursatzes, daß Erhaltung Geringeres heischt, als Schöpfung, sagt Ulpian: *si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis* (*fr. 7. § 2. D. eod.*), d. h. die juristische Person geht nicht schon durch Reduction auf Ein Glied, sondern nur durch Wegfall sämmtlicher Mitglieder unter (*universitas conservatur in uno*). — Außerdem kann Auflösung durch einen Staatsact (vergl. *fr. 21. D. quib. mod. usus/r. 7, 4*) geschehen, wenn von der competenten Behörde ein Verbot des Fortbestehens ausgeht, z. B. wegen Staatsgefährlichkeit des Vereinszwecks;[5] *collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et Sctis dissolvuntur; sed permittitur iis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri* (*Marc. in fr. 3. D. de colleg. et corp. 47, 22*).

Literatur: 1) Dirksen Civilist. Abhandlgn. II. S. 4. Mommsen *De collegiis et sodaliciis Romanorum* (Kiel 1843). — 2) v. Savigny System II. S. 247. C. Hegel Gesch. d. Städteverfassung in Italien I. S. 53ff. Puchta Kl. civilistische Schriften S. 497—518. — 3) Ueber die fiscalischen Vorrechte s. Westenberg *Principia juris XLIX, 14.* Mühlenbruch Pand. I. § 202. Schilling Instit. II. § 48. — 4) v. Savigny S. 239. 300-308. — 5) Ders. S. 257.

Zweiter Abschnitt.

Die Lebensäusserungen der Privatpersönlichkeit.

(Rechtsverhältnisse.)

VII. Kapitel.

I. Uebersicht.

§ **406**] I. Bisher ist die Person schlechthin, d. h. als Träger und Mittelpunkt der Privatsphäre, einer Vermögenssphäre, betrachtet worden, ohne Rücksicht auf deren praktischen Inhalt, welcher beständig oder veränderlich, größer oder geringer, bez. auf ein Minimum von Werthen reducirt seyn kann, ja möglicherweise mehr Schulden als reelle Werthe (Activa) enthält. So kann die Sphäre, in welcher das privatrechtliche Daseyn der Person sich erweist, ein Nichts und selbst weniger als Nichts enthalten und insofern einem leeren Raum verglichen werden, aber sie ist ein Raum, welcher ideell gewahrt bleibt und jederzeit wieder erfüllbar ist, und wenn er sich von Neuem mit Werthen erfüllt, so werden

diese durch das Band rechtlicher Einheit mit dem vormaligen Inhalt verknüpft.

Den Inhalt der Privatsphäre bilden die einzelnen Rechtsverhältnisse, welche durch ihren gemeinsamen Bezug auf die immer identische Person, als Mittelpunkt der Sphäre im Ganzen, zur rechtlichen Einheit zusammengeschlossen werden. Vermöge dieser Einheit ist jedes einzelne Rechtsverhältniß ein Bestandtheil der betreffenden Rechtssphäre, nimmt an deren Gesammtschicksal Theil und kommt insoweit nicht selbständig für sich in Betracht; demgemäß sagt African: *bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus (successionis), et non singulas res demonstrat (fr. 208. D. de V. S.)*, und Ulpian führt aus: *quamquam regula sit juris civilis, in rem suam auctorem tutorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accommodare, quamvis per hoc debitor ejus efficiatur; prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat, per consequentias contigit, ut debitum subeat; se tamen auctore, ab eo stipulari non potest (fr. 1. pr. D. de auctor. tutor. 26, 8)*. Daneben aber hat das Rechtsverhältniß auch eine rechtliche Existenz für sich, genießt einer individuellen Geltung und führt insofern seinen eignen Lebenslauf, eine kleine Creatur in der Welt des *paterfamilias*, und gleichsam ein Mikrokosmos im privatrechtlichen Makrokosmos, als welcher hier die Gesammtsphäre (*persona, domus, universitas bonorum, corpus patrimonii*) erscheint.

Die Betrachtung dieser Seite des Rechtsverhältnisses, rücksichtlich welcher dasselbe ein individuelles Wesen darstellt, ist unsere nunmehrige Aufgabe.

§ 407] II. Logische Construction. Die begriffliche Achse, um welche das Rechtsverhältniß sich bewegt, ist der Bezug des Subjects zum Object: ein Subject, welchem die im Rechtsverhältniß gewährte Macht zusteht, und ein Object, an welchem diese Macht zusteht, bilden die logischen Elemente eines jeden Rechtsverhältnisses,* und so wenig eine Rechtssphäre ohne die centrale Kraft einer über ihr waltenden und zwecksetzenden Person juristisch gedacht werden kann, so wenig kann ein Rechtsverhältniß seyn, zu welchem der Machthaber oder der Machtgegenstand fehlte. Wenn Manche in der neueren Doctrin von Rechten ohne Subject oder ohne Object reden, so geschieht das entweder in ungenauer Sprachweise, oder in einem Zusammenhange von Anschauungen, welche dem Römischen Recht fremd sind; den Römern ist das Rechtsverhältniß seiner Natur nach eine, zwar nicht sinnliche, doch wahrhafte und volle Realität; eine solche aber hat zur absolut unerläßlichen Voraussetzung reelles Subject so gut, wie reelles Object, und wo von einem solchen abgesehen würde, könnte es nur mit Beihülfe einer Fiction geschehen.

Es ergibt sich hieraus, 1) daß mit der Veränderung des Subjects

*) s. oben Cursus § 352.

oder des Objects immer auch ein Wechsel des Rechtsverhältnisses eintritt, und streng genommen das nachherige Rechtsverhältniß nicht als identisch, wenn auch als übereinstimmend und gleichwerthig mit dem vorherigen bezeichnet werden darf;* 2) daß die Berechtigung oder Verpflichtung mehrer Individuen nur dann als Ein (identisches) Rechtsverhältniß angesehen werden darf, wenn die Mehrern selbst als Eine Person rechtlich gelten, wie dies im Römischen Recht nicht leicht (nur scheinbar bei *collegatarii conjuncti:* Ulp. in *fr. 34. pr. D. de legat. I.* und bei der Correalobligation: Paul. in *fr. 9. D. de pact. 2, 14;* in gewissem Sinn etwa** auf Grund der die Persönlichkeit des Haussohnes umfangenden Persönlichkeit des *paterfamilias*), deutlicher aber im Germanischen Recht (Gesammthand, *conjuncta manus*) vorkommt; 3) daß ein Recht an mehreren Sachen nur dann als Ein (identisches) Rechtsverhältniß angesehen werden darf, wenn diese mehrern Sachen in sich selbst rechtlich als Einheit gelten (*universitates rerum;* Haupt- und Pertinenzsache; *grex*).†

§ **408**] III. Organische Complexion. Man hat sehr richtig bemerkt, daß die Reflexion der Römischen Juristen immer eine so sichere und klare war, weil vor ihrem Blick jeder einzelne Rechtsfall (*casus*) wie eine sinnliche und greifbare Erscheinung und wie ein Körper in schärfsten Umrissen dastand: dies aber konnte nur darum seyn, weil jedes Rechtsverhältniß (*species*), welches diesem oder jenem Rechtsfall als civilistischer Typus zu Grunde lag, selbst wie eine ganze und volle organische Gestalt im Geiste des Römers lebte, und somit der Rechtsverkehr als eine Welt regsamer Geschöpfe, ein Gedränge lebendiger Individuen erschien. Dem Römischen Rechtsbewußtseyn galt das einzelne bestimmte Rechtsverhältniß nicht als ein Gedankending, sondern als ein Kraftwesen, Geschöpf, Individuum und Plasma; die juristische Intuition bevölkerte in diesem plastischen Streben die Privatsphäre mit präcisen und lebensvollen Gestalten, statt mit verschwimmenden und blutlosen Schatten, und wenn wir mit congenialem Sinn diese Welt Römischer Gestalten erfassen wollen, müssen wir jedes Rechtsverhältniß wie ein körperähnliches Individuum auf seine organische Complexion ansehen. In der Römischen Quellensprache kommt das Wort *res*†† in umfassender Anwendung für Rechtsverhältniß (im angegebenen Sinn) überhaupt vor, ein aufgerichtetes Zeichen jener plastischen, verkörpernden Intuition, vor welcher unsere bleiche Doctrin sich oft entsetzt fühlt, und doch ist gerade hier ein Naturalismus am Platze, der sonst so verderblich die juristische Intuition entkräftet und niederzieht. *Res* in diesem Sinne ist eine einzelne juristische Realität, eine der Realitäten, von welchen die Sphäre der Person erfüllt ist.

§ **409**] Am vollendetsten wohl erscheint diese organisatorische Intuition der Römer bei der *obligatio,* der reifsten Schöpfung und leben-

---

*) s. unten Kap. 11 (dieses Theils). **) s. oben Cursus § 336 u. Excurse S. 305.
†) s. unten Cursus Kap. 10 (dieses Theils). ††) s. den Excurs zu diesem Kapitel.

digsten Gestalt in der Römischen Privatsphäre;* die *obligatio* gilt da z. B. als ein condicirbares Stück (*fr. 76. D. de jure dot. 23, 3*) und als ein am bestimmten Ort domicilirendes Wesen (*fr. 20. D. de judic. 5, 1; fr. 3. D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5; fr. 21. D. de O. et A. 44, 7*). Nun erscheint diese Obligatio quellenmäßig unter drei Gesichtspunkten, in drei technischen Ausdrücken, und diese Trias ist, wenn auch die Ausdrücke nicht immer auseinandergehalten werden, sehr bedeutsam. Die *obligatio* wird bald als *actio*, bald als *substantia* (*s. ipsum jus obligationis*), bald als *nomen* bezeichnet; von diesen drückt augenscheinlich die *substantia* die eigentliche Essenz, gewissermaßen die juristische Seele aus, durch welche die *obligatio* als das individuell bestimmte Verhältniß markirt und in ihrer Identität jederzeit festgehalten wird; sie ist daher gleichsam der centrale Kern, *actio* und *nomen* aber sind von da ausgehende Wesensentfaltungen. Mit der *actio* (im civilistischen, materiellen Sinn, *lex contractus*) fußt die Obligation auf dem Boden der Sinnlichkeit, denn jene ist gleichsam der Nachhall der sinnlichen Erscheinung, in welcher der Begründungsact die Obligation (meist nur auf einen Augenblick: *verborum proprietas!*) vernommen und gleichsam erfaßt werden läßt; so ist die *actio* (entsprechend der *possessio* für die *proprietas*) die Form, Gestalt oder Körperhaftigkeit der Obligation, und nur dadurch bildet sie zugleich das Rüstzeug für den etwaigen Streit (*actio* im Proceßsinn). Im *nomen* aber stellt sich der Werth dar, welchen die Obligation im Güterverkehr enthält, und die Rolle, welche sie da zu spielen, den Zweck, den sie zu erfüllen hat, im Unterschied von — und im Zusammenhang mit anderen Rechtsverhältnissen derselben Rechtssphäre; das *nomen* bezeichnet die commercielle Geltung und Ergibigkeit der Obligatio, d. h. ihren durch die *causa* bestimmten Werthgehalt oder Vermögenstoff, den eigentlichen *nervus obligationis*, welcher zuletzt im Erfüllungsact zur sinnlichen Erscheinung gelangt.

Jedes Rechtsverhältniß ist ein derartig durch drei Grundfactoren gebildetes organisches Gefüge, ein dreifaltiger Organismus, und folglich muß jedes Rechtsverhältniß auf diese drei Factoren angesehen, keines kann ohne deren deutliche Unterscheidung angemessen gewürdigt werden. Ich nenne sie Form, Substanz und Werth des Rechtsverhältnisses, und vergleiche sie den drei Grundfactoren der Persönlichkeit: Leib, Seele, Name.** Wie das Geschöpf immer ein Ebenbild des Schöpfers ist, so spiegelt auch das Rechtsverhältniß, das ein Geschöpf der Person und eine einzelne Creatur in deren Rechtssphäre ist, in sich die Trias der schöpferischen (creatürlichen, organischen) Constitution: durch seine Substanz ist es eine bestimmte Größe mit realen Kräften im Reich des Rechts; durch seine Form berührt es sich mit dem Gebiet der Sinnlichkeit, gleichsam die Brücke zu diesem schlagend und unter Umständen selbst mit Elementen desselben sich verbindend; durch seinen Werth aber greift es ein in das Getriebe der

*) s. Excurse S. 130. 131. **) s. oben Cursus § 362.

Verkehrsgewalten, von denen die Rechtssphären bewegt werden, und dient es den ethischen Zielpunkten und wirthschaftlichen Interessen der Personen.

§ **410**] IV. Vitaler Verlauf. Ist das Rechtsverhältniß eine lebendige Realität, so hat es auch einen Lebenslauf, d. h. eine in einer Zeitfolge wesentlicher Momente verlaufende Entwicklung, und durch den Anfangs- und Endpunkt dieses Verlaufs erhält es seine zeitliche Bestimmtheit und seinen historischen Rahmen. Diese Grenzpunkte des Lebenslaufs der Rechtsverhältnisse erscheinen objectiv betrachtet als Entstehung (Ursprung) und Endigung (Untergang), auf eine bestimmte Person als Subject bezogen aber als Erwerb und Verlust der Rechte.

Entstehung und Endigung sind die wichtigsten unter den historischen Elementen der Rechtsverhältnisse, aber daneben gibt es noch andere, so daß mehrere Stadien in der zeitlichen Darstellung derselben unterscheidbar sind. Auf diese Weise complicirt sich der Lebenslauf der Rechtsverhältnisse. Die wichtigste Art von historischen Complicationen bilden die Spannungs- oder Pendenzzustände, welche unter mannichfachen Voraussetzungen stattfinden können, z. B. in Gemäßheit des internationalen Princips des *postliminium** und des conventionalen Princips der *conditio.***—

Im Folgenden sollen sowohl die logischen (s. § 407) als die historischen Elemente dargestellt werden, wie sie sich nach ihren allgemeinen Merkmalen, d. h. ohne Rücksicht auf die verschiedenen Unterarten der Rechtsverhältnisse, bestimmen lassen.

VIII. Kapitel.

II. Das Rechtssubject.

1. Handlungsfähigkeit und Wohnsitz.

§ **411**] I. Allgemeines. Indem wir hier von Neuem auf die Person zu sprechen kommen, ist die Verschiedenheit des gegenwärtigen Gesichtspunktes von dem den obigen ersten Abschnitt beherrschenden festzuhalten; während wir dort die Person in ihrer Totalität, mithin als Trägerin einer ganzen Rechtssphäre betrachteten, haben wir es hier mit der Person in ihrem rechtlich relevanten Einzelverhalten, mithin als Schöpferin und Trägerin einzelner Rechtsverhältnisse und mit den Rechtsveränderungen innerhalb der Rechtssphäre zu thun.

Nun gibt es gewisse Rechtsveränderungen dieser Art, welche ohne Zuthun des betreffenden Rechtssubjects eintreten, also für dieses zufällige Ereignisse sind: denn an gewisse Thatumstände wird vom geltenden Recht das Entstehen einer Berechtigung, einer Verpflichtung für diese oder jene Person geknüpft, so daß eine solche Rechtsverände-

*) s. oben Cursus § 336 u. Excurse S. 311. **) s. unten Cursus Kap. 11 (dieses Theils).

rung den Betheiligten treffen kann, ohne daß dieser auch nur Kunde und Bewußtseyn davon hat; allein solche für die Person zufällige Rechtsveränderungen (z. B. *obligationes ex lege*) bilden nicht die Regel. Im Großen und Ganzen ist vielmehr das Recht, als Willensordnung,* auf die That der Person gestellt, die Rechtsverhältnisse erscheinen regelmäßig als Thaten oder Actionen der Person (so sind sie von den Römern vorzugsweise aufgefaßt), und mithin ist es das Normale, daß die Rechtsveränderungen durch Vermittlung und in Kraft des thätigen Rechtssubjects selbst erfolgen.

Damit aber irgend welche Kraftäußerungen der Person als Quellpunkte von Rechtsveränderungen, diese als Ausflüsse jener gelten können, ist ein Causalnexus zwischen der Kraftäußerung und ihrem Urheber erforderlich, wonach jene diesem zugerechnet werden kann, er für sie verantwortlich erscheint: dies ist nur der Fall, wenn die Kraftäußerung vom Urheber als persönlichem Wesen ausgeht, so daß die Person gewissermaßen selbst in der Kraftäußerung präsent ist. Dann nennen wir dieselbe die That oder Handlung der Person und erfassen das Rechtssubject als handelndes.

Solche Thätigkeit setzt die Handlungsfähigkeit des Subjects voraus, d. h. die Fähigkeit, einen freien Willen in sich zu entwickeln und mit Selbstbewußtseyn zu äußern. Diese Fähigkeit aber kann einer Person ganz oder mehr oder weniger, dauernd oder vorübergehend mangeln, und die Gründe des Mangels können natürliche Ohnmachtszustände oder auch im positiven Recht anerkannte Zweckmäßigkeitsrücksichten seyn.

§ **412**] II. Gänzliche Handlungsunfähigkeit. 1. Juristische Personen können wegen ihres zusammengesetzten Personalbestandes ihre Willensentschlüsse nicht in den Rahmen eines so einfachen und concentrirten Handelns bringen, wie das eben nur einem Individuum möglich ist, und erkennt ihnen daher das geltende Recht keine Handlungsfähigkeit für das Privatrecht zu. Demgemäß fehlt die Möglichkeit, daß Körperschaften sich durch Delict privatrechtlich verpflichten** oder in unmittelbarer Bethätigung am rechtsgeschäftlichen Verkehr betheiligen.

2. Geisteskranke im weitern Sinn, d. h. die an Blöd- (Schwach-) und Wahn- (Irr- oder Narr-)sinn leidendenden Menschen sind handlungsunfähig, weil ihr Wille innerlich gebunden und ihr Thun ohne das helle den Causalnexus des Handelns überschauende Selbstbewußtseyn ist. Gleichgültig ist der Grund (ob angeborner Mangel, oder später eintretende Krankheit, z. B. infolge Gehirnsverletzung, Kummers, Hochmuths, Trunks) und die Form[1] (ob in Ausbrüchen der Tobsucht und periodisch hervortretend: *furor*, oder in stillem und mehr gleichmäßigem Verlauf: *dementia*). *Furiosi nulla voluntas est* (*Pomp. fr. 40. D. de R. J.*) — *furiosus non intelligitur codicillos facere, quia nec aliud quid-*

---

*) s. den Excurs zu diesem Kapitel.

quam agere intelligitur, cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habeatur (*Jul. fr. 2. § 3. D. de jure codic. 29, 7*) — *si in furore aut dementia constitutus dederit, non puto valere; datio nullius erit momenti* (*Ulp. fr. 8. § 1. D. de tutor. 26, 5*) — *et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verrissimum; cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, aut si tegula ceciderit* (*Ulp. fr. 5. § 2. D. ad leg. Aq. 9, 2*). Befindet sich der Geisteskranke in lichten Zwischenräumen (*tempus intermissionis, furor quiescens, dilucida intervalla*), so steht, deren Constatirung vorausgesetzt, der Gültigkeit seines Handelns nichts entgegen (*fr. 14. D. de off. praes. 1, 18; fr. 22. § 7. D. sol. matr. 24, 3; fr. 20. § 4. D. qui test. fac. poss. 28, 1; l. 2. C. de contr. emt. 4, 38; l. 6. C. de curat. furiosi 5, 70; l. 9. C. qui test. fac. poss. 6, 22*).

3. Kinder im frühesten Lebensalter (*infantes*), d. h. bis nach zurückgelegtem 7. Lebensjahre;[2] dieselben werden als handlungsunfähige oft mit den *furiosi* zusammengestellt (*fr. 5. § 2. D. ad leg. Aq. 9, 2; fr. 209. D. de V. S.*), denen sie durch Unvollkommenheit der intellectuellen Kräfte gleichen (*fari non possunt — nondum intellectum habent*: *fr. 14. D. de sponsal. 23, 1; fr. 65. § 3. D. ad Sct. Trebell. 36, 1; fr. 6. D. rem pupilli 46, 6; § 10. J. de inutil. stip. 3, 19;* dazu *Varro L. L. 5, 7; Isid. Orig. 11, 2*).

§ **413**] III. Beschränkte Handlungsfähigkeit haben, sofern sie zwar durch Delicte sich verpflichten und auf rechtsgeschäftlichem Wege Rechte erwerben, nicht aber rechtsgeschäftliche Verpflichtungen über-, oder Veräußerungen vornehmen können, folgende:

1. Verschwender (*prodigi*) d. h. solche, welche wegen unmäßiger Verschwendungssucht, um zu ihrem und ihrer Angehörigen Besten der völligen Vermögenszerrüttung vorzubeugen (*Paul. III. 4a. § 7*), von der competenten Behörde den Unmündigen gleichgestellt und damit der freien Verfügungsgewalt beraubt sind. *Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi* (*fr. 1. 10. D. de curator. fur. dand. 27, 10; Ulp. 12, 2*); *is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari; et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso* (*Ulp. fr. 6. D. de V. O. 45, 1*). Die häufige Zusammenstellung mit dem *furiosus* (besonders auch in *fr. 40. D. de R. J.*) ist mehr im sittlichen (*insani mores*), als juristischen Sinn gemeint.

2. Unmündige (*impuberes*): so heißen im Gegensatz der *pubertas* alle jüngeren, im engeren Sinn aber vorzugsweise die, welche über die *infantia* hinaus, also älter als 7 Jahre und mithin in die *secunda aetas* (*Isid. Orig. 11, 2*) eingetreten sind; genauer werden sie als *infantia majores* bezeichnet. Dieselben sind nicht schlechtweg delictsfähig

(*doli capaces*), sondern nur wenn sie der *infantia* nicht mehr nahe stehen: *plerisque placet, ita demum crimine obligari, si proximus pubertati sit et ob id intelligat se delinquere* (*Gai. 3, 208*). Man unterscheidet hiernach[3] *impuberes infantiae* und *pubertati proximi* (*Gai. 3, 109; fr. 111. D. de R. J.* Grenzpunkt: $9^1/_2$, bez. $10^1/_2$ Jahre?).

§ 414] *Pubertas* (*perfecta aetas: fr. 25. § 1. D. de prob. 22, 3*). In Gemäßheit alter Sitte legte der Römische Jüngling nach vollendetem 14. Lebensjahr allemal an den nächsten Liberalien (17. März) die *toga virilis* an, und von da an galt der Römer als selbständiger Bürger, hörte er auf, *pupillus* (*in tutela*) zu seyn, konnte Aemter übernehmen, *judex* seyn (*fr. 57. D. de re jud. 42, 1*), Ehe schließen, Rechtsgeschäfte *inter vivos* und *mortis causa* celebriren (*Gai. 1, 40; fr. 5. D. qui test. fac. poss. 28, 1*) und als Zeuge fungiren (*aes et libra: V testes cives Romani puberes!*); doch war es bestritten,[4] ob im Falle vormundschaftlichen Widerspruchs der *pupillus* ein Recht auf Anerkennung der *pubertas* habe, indem von den Sabinianern dann Constatirung der Mannbarkeit (Geschlechtsreife, *habitus corporis, ut generare possit*), von den Proculianern aber nichts weiter als Zurücklegung der Altersstufe (*numerus annorum*) erfordert wurde (*Gai. 1, 196; Ulp. 11, 28*). Wir erfahren von Justinian, daß diese Controvers bis auf ihn stehen blieb: *Pubertatem Veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem majestas dignum esse castitati temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et Antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere; et ideo sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post XIV. annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis bene positam suo ordine relinquentes, ut post XII. annum completum viripotentes esse credantur* (*pr. J. quib. mod. tut. fin. 1, 22 = l. 3. C. quando tut. esse desinant 5, 60*). Personen weiblichen Geschlechts also galten von jeher ohne Weiteres mit Zurücklegung des entscheidenden (nämlich des 12.) Lebensjahrs für mündig, daher eheeingehungs- und testirfähig (*fr. 32. § 27. D. de don. i. v. et u. 24, 1; Ulp. 20, 15*).

Seit der *lex Plaetoria* (*quina vicenaria*) vor dem J. 200: ward noch eine höhere Lebensstufe, nämlich die Zurücklegung des 25. Lebensjahrs, von Bedeutung, indem nun, wer einen jüngeren (*minor XXV annis, adolescens*, Minorennen) rechtsgeschäftlich übervortheilte (*circumscribebat*), einer Criminalanklage ausgesetzt war (*Cic. de nat. deor. 3, 30*); daneben trat die Bestimmung des prätorischen Edicts, daß *propter minorem aetatem restitutio in integrum* ertheilt werden könne (*fr. 1. D. de minor. 4, 4*), und beides führte zu dem Institut der Alterscuratel.* Personen über 25 Jahre hießen nun *majores* (Majorenne) und das entsprechende Lebensalter *aetas major s. legitima*.

1. *Minores* waren demgemäss speciell die Personen vom zurückge-

*) s. unten § 428.

legten 12., bez. 14. Lebensjahre bis zum zurückgelegten 25.; innerhalb dieser Zeit kam nur etwa noch das 14. (Alimentationsdauer für Mädchen: *fr. 14. § 1. D. de alim. leg. 34, 1:* seit Caracalla), 18. (Alimentationsdauer für Jünglinge, und Möglichkeit der Jahrgebung, *venia aetatis*, für Mädchen: *l. 2. § 1. D. C. de his qui ven. aet. impetr. 2, 45:* seit Constantin) und 20. Jahr (*venia aetatis* für Jünglinge) in Betracht.[5] Außerdem ward, seitdem (*Gai. 1, 106*) feststand, daß der Adoptirende um 18 Jahre älter seyn müsse, das 18. Lebensjahr speciell als *pubertas plena*[6] bezeichnet (*fr. 40. § 1. D. de adopt. 1, 7*).

2. Unter den *majores* treten hervor* die 60jährigen, indem regelmäßig nur solchen zu arrogiren verstattet war, und die 70jährigen (*senes* im engern Sinn), welche von den *munera civilia* frei waren (*fr. 15. § 2. D. eod.; fr. 2. § 1. D. de vacat. 50, 5*).

§ **415**] Gebrechlichkeit. Eine solche kann theils im Geschlechtstemperament (*sexus infirmitas et fragilitas*), theils in anomaler körperlicher oder geistiger Anlage, theils in Gesundheitsstörungen begründet seyn, und mehr oder weniger die Handlungsfähigkeit beeinträchtigen.

1. Frauen, d. h. überhaupt Personen weiblichen Geschlechts (*feminae, mulieres*) waren in alter Zeit ganz den Unmündigen gleichgestellt, daher die *tutela mulierum perpetua*,** und da sie nicht ein Gewaltrecht ausüben konnten (außer der *dominica potestas*), so waren sie auch nicht für darauf bezügliche Rechtsgeschäfte, z. B. Adoption, fähig. Außerdem waren sie von allen s. g. *munera masculorum* (*officia virilia s. civilia*) ausgeschlossen — *propter pudicitiam sexui congruentem, forensium rerum ignorantiam, animi levitatem*, und wegen ihres natürlichen auf die Häuslichkeit beschränkten Lebensberufs (*fr. 2. pr. D. de R. J.*): demgemäß konnten sie nicht Solennitätszeugen oder Vormünder seyn, oder für Andere postuliren oder Popularklagen anstellen (*Ulp. 20, 7; fr. 18. D. de tutel. 26, 1; fr. 20. § 6. D. qui test. fac. poss. 28, 1; fr. 6. D. de pop. act. 47, 23*), und Papinian sagt: *in multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum* (*fr. 9. D. de statu hom. 1, 5*). Endlich gab es auch Luxus- und Intercessionsschranken (*lex Voconia*,† *Sct. Vellejanum*††) speciell für das weibliche Geschlecht.

Bei s. g. Zwittern (*hermaphroditi*) soll die *qualitas sexus incalescentis* den Ausschlag geben (*Ulp. fr. 10. D. eod.* und *Paul. fr. 15. § 1. D. de testib. 22, 5;* dazu *Plin. H. N. 7, 3, 3*).

2. Durch physische Gebrechlichkeit (*vitium corporis*) sind unfähig zu manchen Handlungen solche, die zeugungs- oder sprachunfähig sind (*castrati s. eunuchi, muti*), oder des Gehör- oder Gesichtsinns entbehren (*surdi, caeci*), nämlich Castraten zur Ehe und Adoption, die anderen aber zu solchen Rechtsgeschäften, welche irgendwelche Rede- oder Scriptursolennität voraussetzen (*Gai. 3, 105; Ulp. 20, 7. 13*); *spa-*

---

*) Vergl. auch Cursus § 76 (*juniores* und *seniores* der Servianischen Classification).
**) s. das folgende Kapitel § 425.
†) s. Excurse S. 183 sub 5).
††) s. Cursus Kap. XI. (dieses Theils).

dones (im Gegensatz der *castrati*) d. h. solche, welche nicht durch Operation, sondern infolge Unfalls oder von Natur ohne Zeugungskraft sind (*spadones* im engern Sinn), gelten in keiner Richtung als unfähig (*Ulp. 8, 6; fr. 128. D. de V. S.* und *fr. 39. § 1. D. de jure dot. 23, 3*), und ebenso wenig hat regelmäßig die bloße Krankheit (*morbus: mala valetudo, corporis aegritudo, imbellicitas temporalis: fr. 101. § 2. D. de V. S.; Gell. 4, 2*) Einfluß auf die Handlungsfähigkeit, ob sie gleich vorübergehendes Hinderniß abgeben kann; *morbus sonticus* heißt eine solche, wenn sie an aller Geschäftsthätigkeit hindert (*fr. 113. D. de V. S.*).[7]

3. Durch psychische Gebrechlichkeit kann die Handlungsfähigkeit in manchen Beziehungen in Frage gestellt seyn, wenn die geschäftliche Einsicht mangelhaft erscheint: so bei Stumpfsinnigen (*mente capti, fatui, ineptes:* sei es durch Anlage oder Verwahrlosung, hohes Alter, Krankheit oder Verletzung des Gehirns), gänzlich Ungebildeten (*rustici*) und sonst Leuten geistiger Beschränktheit (*alias simplicitate gaudentes et desidia dediti*): *fr. 2. D. de postul. (3, 1); fr. 21. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5); fr. 25. § 1. D. de prob. (22, 3)*. In mancher Hinsicht sorgt das Recht für sie durch nachsichtigere Behandlung, und rechnet sie unter diejenigen, *quibus jus ignorare permissum est* (*fr. 9. pr. D. de juris ignor. 22, 6*). Vorübergehende Störungen des Gleichgewichts der Seelenkräfte, wie Ohnmacht, Trunkenheit, Zornwuth, haben keine andere Bedeutung, als vorübergehende Störungen der körperlichen Gesundheit.

§ **416**] IV. Wohnsitz (*domicilium*, auch *domus*). Eine Person hat nach Römischer Anschauung an und für sich einen idealen Bestand ohne jedwede Voraussetzung räumlichen Bezugs; auch die Privatperson wird weder durch Abstammung (*origo*), noch durch Grundbesitz (Stammsitz, Ansässigkeit?! *cf. fr. 17. § 13. D. ad munic. 50, 1: sola domus possessio*), noch durch bloßen zeitweiligen Aufenthalt an irgend welchem Orte (*morari*) da localisirt. Dennoch ist es Bedürfniß, die Privatperson localisirt zu denken, weil es für viele Rechtsverhältnisse wichtig ist, zu wissen, auf welche Oertlichkeit sie zu beziehen sind, und dieser Bezug sich grundsätzlich nur durch die Person selbst bestimmen läßt.

Zu dem Behufe gilt eine Privatperson da als localisirt, wo der dauernde Mittelpunkt ihrer privatrechtlichen Wirksamkeit sich befindet; dieser Mittelpunkt heißt ihr Domicil: *ubi quisque negotia sua semper agit* (*Ulp. fr. 27. D. ad munic. 50, 1*), *sedes et tabulas habet suarumque rerum constitutionem fecit* (*Alfen. fr. 203. D. de V. S.;* dazu *l. 7. C. de incol. 10, 39*). Für die Privatperson (sowohl *paterfamilias*, als *filiusfamilias*) ist die Aufschlagung des Domicils regelmäßig eine Sache freier Wahl (*domicilium voluntarium*), und wenn sie sich verschiedentlich aufhält, gibt die eigne Absicht und deren Bekundung den Ausschlag; *ubi domicilium habeat, existimatione animi, non autem nuda contestatione, sed re et facto est accipiendum* (*Cels. fr. 27. § 2. D. ad munic. 50, 1* und

Paul. in *fr. 20. eod.*). Soldaten, Beamte und Deportirte haben ihr vorschriftmäßiges Domicil (*fr. 23. eod.*), Ehefrauen theilen ihres Gatten Domicil: allen diesen fehlt also Wahlfreiheit (*dom. necessarium*). *Absens* heißt, wer nicht an seinem Domicil verweilt, z.B. *qui peregrinatur* (verschieden davon heißt im relativen Sinn *absens* theils der in einer anderen Provinz Wohnhafte, theils der vom Orte seiner Pflicht Entfernte: *fr. 199. D. de V. S.*); wer augenblicklich überhaupt kein Domicil hat, heißt *vagabundus* (*fr. 27. § 2. D. ad municip. 50, 1*). Der an verschiedenen Orten Thätige (*qui pluribus locis aequaliter instructus est et negotiatur*), ebenso, wie der Senator, welcher in Rom sein *domicilium dignitatis* habend anderwärts wohnhaft ist, hat mehrfaches Domicil (*fr. 5. 6. § 2.; fr. 27. § 2. D. eod.; fr. 11. D. de senator. 1, 9*).

Befindet sich der Wohnsitz innerhalb einer Gemeinde, so verpflichtet er zu gewissen Communallasten, und heißt mit Rücksicht hierauf *incolatus* (*fr. 29. 34. 35. D. ad munic. 50, 1; fr. 239. § 2. D. de V. S.*); *incolas domicilium facit* (*l. 7. C. de incol. 10, 39*).

Literatur: 1) Glück Commentar, Thl. II. S. 130. v. Savigny Verm. Schr. II. S. 356ff. — 2) Unterholzner i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. I. S. 49ff. Schrader Institut.-Ausg. p. 515. — 3) Dirksen i. Rhein. Mus. I. S. 316ff. Schilling Instit. II. S. 138. Anm. ff. — 4) v. Savigny System III. S. 70ff. Böcking Pand.-Instit. § 38. — 5) Schilling S. 141. Zusatz 1. — 6) Dirksen Beitr. z. Kunde d. R. R. S. 289. 332. — 7) Schilling S. 144. Anm. b. und c.

IX. Kapitel.

2. Vertretung und Ergänzung. Vormundschaft.

A. Allgemeines.

§ **417**] Da ohne Handeln die Vermögenssphäre bewegungslos bleiben würde, so sorgt das Recht dafür, daß Handlungsunfähige vertreten, beschränkt Handlungsfähige ergänzt werden. Hierzu werden natürliche Personen berufen, welche zu dem Behufe in ein dauerndes organisches Verhältniß zu der ganz oder theilweise unfähigen Person tretend als deren Organ gelten. Der Beruf solcher Vorsteher, Beamten und Vormünder ist nicht ein einfaches Privatverhältniß, sondern ein *munus quasi publicum*, und unterliegt insofern dem Einfluß und Aufsichtsrecht der öffentlichen Behörden, sowie den Gesichtspunkten des öffentlichen Rechts (*fr. 9. D. de his qui sui jur. 1, 6; pr. J. qui test. tutor. 1, 14*).

I. Juristische Personen* (Körperschaften, Communalpersonen) bedürfen zu ihrem privatrechtlichen Handeln überhaupt stellvertretender Organe, weil eine Mehrheit von Individuen nicht Rechtsacte einheitlich zu celebriren im Stande ist. Was die Organe (*Senatores, Actores, Syndici*) mit der Absicht der Stellvertretung und innerhalb ihrer verfassungsmäßigen Berufsgrenzen thun, gilt kraft juristischer Fiction als von der juristischen Person selbst gethan; in Processen derselben übernehmen sie statt ihrer die Rolle des Klägers und Beklagten.

*) s. Cursus § 401.

Wer die Organe sind, hängt von der Organisation oder Verfassung der betreffenden Körperschaft ab, und bestimmt sich theils durch Herkommen (Observanz), theils durch Vorschriften (Statuten, Verfassungsurkunden, Stiftsbriefe, staatliche Regulative). Man unterscheidet mit Rüchsicht auf die Organisation *universitates ordinatae*, d. h. welche eine gegliederte Verfassung und geregelte Vertretung durch bestimmte berufene Vorsteher und Beamte haben, und *inordinatae*, d. h. welche ohne abgesonderte Organe und ausgeprägte Formen immer durch die Gesammtheit der jeweiligen Mitglieder repräsentirt werden, so daß Majoritätsbeschluß entscheidet und für die vorzunehmenden Acte in jedem einzelnen Falle ein Vertreter zu ernennen ist. Letzteres kommt in geordneten Culturzuständen selten vor.[1]

§ **418**] II. Natürliche Personen, die in der Gewalt eines Anderen stehen, finden für den Fall ihrer Hülfsbedürftigkeit natürlicherweise ihre Vertretung und Bevormundung in diesen, so daß es da künstlicher Rechtseinrichtungen nicht bedarf. Sind aber *personae sui juris* nicht in der Lage, selbst oder allein handelnd aufzutreten, so muß dafür gesorgt seyn, daß Andere neben oder für sie eintreten. Im alten Römerrecht dienten diesem Zwecke zwei Institute: die *tutela* und die *cura*, jene ein Beruf, die unvollkommene Handlungsfähigkeit der Unmündigen und der Frauen zu ergänzen, diese ein Beruf, für Geisteskranke und Verschwendungssüchtige einzutreten. Im Verlauf der Zeit erfuhren diese Institute mancherlei Umgestaltungen, und theils Zusätze, theils Abschwächungen, unter welchen die Einführung der *cura minorum* und die Aufhebung der *tutela mulierum* die wichtigsten sind.

Die Tutel und Cura des ältesten Rechts galt als eine zur Erbfolge gehörige Vermögensgewalt und insofern als ein Familienrecht und Familienverhältniß; allein das Familienhafte trat mit dem Schwinden des Familiensinns allmählich zurück, der Staat, der sich nun der Vormundschaftsbedürftigen systematisch anzunehmen begann, stellte das agnatische Familieninteresse mehr in den Hintergrund, das Mündelinteresse in den Vordergrund, und die Vormundschaftsführung ward statt eines Rechts eine Last; so erscheinen die Vormundschaftsarten des classischen Rechts aufgelöst in ein *munus quasi publicum* einerseits und eine *obligatio* zwischen Mündel und Vormund anderseits.*

Eine solche Umgestaltung und Auflösung war im Römischen Recht ganz natürlich dadurch indicirt, daß der Vormundschaftszweck von jeher vorzugsweise in das Vermögensinteresse, was schon in den XII Tafeln durch die Worte: *tutela rei suae* angedeutet war, gesetzt wurde. Vormundschaft sollte wesentlich Fürsorge für einen ungeschützten Vermögenskreis seyn, ursprünglich im Interesse der Familie, später im Interesse des Mündels. Auch die *auctoritatis interpositio* und Consensertheilung galt nur Vermögensgeschäften.

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. I.

B. Tutela impuberum.

§ 419] I. Wirkungskreis des *tutor* 1. im Allgemeinen. Die *tutela impuberum* ist eine Schirmherrschaft über ein fremdes Vermögen *propter aetatis infirmitatem* (*Ulp. 11, 1*), d. h. zum Besten solcher, die noch nicht *adulti* sind und mit Rücksicht auf ihren Bevormundungsstand *pupilli*, *pupillae* genannt werden (*fr. 239. D. de V. S.*). Alle Thätigkeit des *tutor* als solchen zweckt auf Bewahrung und Förderung des Mündelvermögens (*res pupillaris*) ab, die Fürsorge für dasselbe bildet den eigentlichen Inhalt des *officium tutelare* und hierauf beschränkt sich die Verantwortlichkeit des *tutor*.

Ob in alter Zeit der Staat durch seine Magistrate sich der Pupillen annahm, ist zweifelhaft, beglaubigt ist die Staatssorge nur, seitdem durch die *lex Atilia* und *Julia* (*et Titia*) im 2. (?) und 1. Jahrh. v. Chr. dem Prätor *urbanus* ein eventuelles Ernennungsrecht eingeräumt war;* erst in der Kaiserzeit und namentlich seit Marc Aurel, welcher einen eigenen Tutelarprätor einsetzte,** wurde die amtliche Oberaufsicht strenger durchgeführt, entsprechend der Idee, daß die Tutel ein *munus publicum* sei (*pr. § 3. J. de Atil. tutore 1, 20; fr. 2. § 2. D. qui petant tut. 26, 6*). Immer blieb der Obacht der Bürger und der freien Initiative der Angehörigen des Pupillen Vieles überlassen, was bei uns heutzutage zu den Aufgaben der Staatsbehörden (der s. g. Obervormundschaft) gerechnet wird; indeß zogen die Prätoren und Provinzialstatthalter auch das persönliche Wohl des Pupillen unter ihr Augenmerk: *solet Praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii vel alantur vel morentur; et nonnunquam a voluntate patris recedit Praetor. Aestimare debet, praesentibus ceteris propinquis liberorum, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus et educetur. Quamvis autem Praetor recusantem, apud se educari, non polliceatur se coacturum, attamen quaestionis est, an debeat etiam invitum cogere: utputa libertum, parentem, vel quem alium de affinibus cognatisve? et magis est, ut interdum debeat id facere. Jus alimentorum decernendorum Praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores ad alimenta pupillis praestare debeant* (*fr. 1. 3. D. ubi pup. educari 27, 2*).

Ulpian (11, 25) unterscheidet im regelmäßigen Wirkungskreise der Alterstutoren mit den Worten: *et negotia gerunt et auctoritatem interponunt*, zwei Functionen, eine sachliche oder administrative (*gerere, administrare tutelam s. res pupillares*) und eine persönliche oder repräsentative (*interponere, accommodare*, auch *praestare* oder *praebere auctoritatem: fr. 1. § 2. D. de adm. tutor. 26, 7* und *fr. 17. D. de adm. tut. 26, 8; fr. 1. § 2. D. de tutelis 26, 1*); die erstere ist die principale, die andere dient jener und kann in manchen Fällen ganz ausfallen (Julian in *fr. 18. D. eod.*). Die administrative Function gestaltet sich zu einem *quasi contractus* und ist die Quelle des *judicium tutelae:* sie gehört da-

*) s. Excurse S. 183. sub 5). **) s. Cursus § 286.

her in das Obligationenrecht;* die repräsentative Function dagegen ist *juris publici* und muß hier ins Auge gefaßt werden.

§ **420**] 2. Die *auctoritatis interpositio* (Ertheilung des Vollworts) in ihrer eigentlichen Bedeutung ist unmittelbare Ergänzung des handelnden Pupillen: dieser also wird als selbst handelnd vorausgesetzt, und der Tutor erklärt nur seinen Beitritt (*auctor fit pupillo ad negotium gerendum*). Hieraus folgt: a) ein solcher Beitritt kann eigentlich nur geschehen, wenn der Pupill über die *infantia* hinaus ist, denn erst dann kann dieser überhaupt handelnd auftreten; Rechtsgeschäfte, die vorher veranlaßt werden, sind ebenso, wie die in Abwesenheit des Pupillen vorzunehmenden, entweder durch Sklaven des Pupillen, *in subsidium* durch *servi publici* zu vollziehen (*fr. 2. 6. D. rem pupilli 46,6*) oder auf spätere Zeit zu verschieben. Seit Julian aber ward angenommen, daß nöthigenfalls der Vormund allein die Handlung vornehmen könne mit der Wirkung einer *actio utilis* für den Pupillen (*fr. 9. pr. D. de adm. tut. 26, 7*), und selbst für die folgenreichen Handlungen der Erbfolge ward solche Stellvertretung endlich allgemein zugelassen (Maecian in *fr. 65. § 3. D. ad Sct. Treb. 36, 1*). b) Der Beitritt muß, als unmittelbare Mitwirkung und mit dem Handeln des Pupillen gleichsam Einen Körper bildend, *statim in ipso negotio* (*post tempus nihil agit: fr. 9. § 5. D. de auct. tut. 26, 8*) und bedingungslos geschehen (*auctoritas pure interponenda est: fr. 8. eod.*); demgemäß muß der Tutor gegenwärtig seyn, ein Brief kann ihn bei dem Geschäftsabschluß nicht vertreten; übrigens aber ist keine solenne Form des Vollworts erforderlich (*fr. 3. 9. § 6. D. eod.*), und unter Umständen genügt selbst Stillschweigen des berufnermaßen anwesenden Tutor (*fr. 1. § 1. eod.*).[2]

Wirkungslos ist die Vollwortsertheilung, wenn der Vormund Geschäftsinteressent ist, denn *regula juris civilis est, in rem suam auctorem tutorem fieri non posse* (*fr. 1. 7. D. eod.; § 3. J. de auct. tutor. 1, 21*); anderseits ist sie überflüssig bei allen Rechtsgeschäften, welche das Pupillen-Vermögen nicht mindern oder belasten, *acquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest* (*fr. 9. pr. eod.*); bei gegenseitigen Obligationen theilt sich daher die Wirkung: *si, quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus, nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat* (*fr. 13. § 29. D. de act. emti 19, 1*, und *pr. J. eod.*: s. g. *negotium claudicans*).

Einige Rechtsgeschäfte setzen auch im classischen Recht noch das Handeln (und mithin ein höheres Alter als 7 Jahre) des Pupillen voraus: nämlich die Bestellung eines *procurator* (*fr. 24. D. de adm. tut. 26, 7*) und die *acceptilatio* (*fr. 13. § 10. D. de accept. 46, 4*).

§ **421**] II. Entstehung der Tutel. 1. Delationsgründe. Voraussetzung der Uebernahme einer Tutel ist, daß Jemand dazu berufen wird. Das Römische Recht kennt eine dreifache *delatio tutelae*

---

*) s. unten Kapitel XLI.

und unterscheidet danach: a) *tutela testamentaria;* dieselbe ist schon in den XII Tafeln zusammen mit der letztwilligen Erbeinsetzung ausdrücklich anerkannt (Ulp. 11, 14) und gilt als die Regel, so daß nur in Ermangelung ihrer von einem anderen Delationsgrunde die Rede seyn kann. Letztwillige Vormundsernennung ist ein Ausfluß der *patria potestas*, muß im Testament selbst (oder wenigstens in einem testamentarisch bestätigten Codicill), kann auch bedingungsweise und auf Zeit (*fr. 14. § 3. 5. D. de tut. 26, 1*) geschehen und wird nur unter Voraussetzung des Erbschaftsantritts rechtskräftig: *tutores non ab herede, sed a testatore protinus proficiscuntur, simulatque aliquis heres exstitisset; — si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt, si vero unus ex pluribus adierit, tutelae statim valent, nec exspectandum erit, ut omnes hereditatem adeant; — si hereditas nondum adita sit, ex qua tutor speratur, verius est, alium tutorem posse dari: quasi nondum sit, nec speretur* (*fr. 7. 9. 10. D. de test. tut. 26, 2*). Insofern hier die Rechtskraft ohne Weiteres mit dem Erbschaftsantritt erfolgt, heißt die Tutel speciell *perfecta*, im Unterschied von dem Falle, da wegen Formmangels des letzten Willens oder Mangels der passiven *testamentifactio* des Designirten, oder weil der Testator nicht die *patria potestas* hat, die Rechtskraft noch von obrigkeitlicher Bestätigung (*confirmatio*) abhängig ist und daher erst mit dieser eintritt (*tutela imperfecta*). Die *confirmatio* ist solchenfalls entweder *simplex* (wenn die Ernennung vom *parens* herrührt) oder *cum inquisitione*, d. h. auf Grund einer Prüfung, „*si apta sit persona*", und *pro tribunali decreto interposito* stattfindend (*fr. 4. D. eod.*), und kann der Magistrat dabei noch besondere *satisdatio, rem pupilli salvam fore* abverlangen; im Falle der *perfecta tutela* ist keine solche Caution zu leisten (*Gai. 1, 200*), wenn nicht unter mehreren Ernannten *provocatio ad satisdationem* stattfindet (*fr. 17—19. D. eod.*), wie denn auch jeder dieser Contutoren einzeln *auctoritas* wirksam interponiren kann (Ulp. 11, 26). b) *tutela legitima*, welche dem nächsten Agnaten (bez. Gentilen?), auch (nach Interpretation der XII Tafeln) dem Patron oder den Söhnen desselben, bei einem *manumissus ex mancipii causa* oder *manu fiduciaria* dem *manumissor* als *quasi patronus* zukam (*fr. 1. pr. fr. 3. pr. fr. 5. pr. D. de legit. tut. 26, 4*); analog bei einem Emancipirten der *parens* (*vicem legitimi tutoris sustinet*: *fr. 3. § 10. eod.*). Ob solchen Caution abzuverlangen sei, hängt von der prätorischen *causae cognitio* ab (*fr. 5. § 1. eod.*). *Semper legitima tutela testamentariae cedit* (*fr. 9. § 1. D. de tut. act. 27, 3*). c) *tutela dativa* d. h. Ernennung durch Prätor, Statthalter, bez. Municipalmagistrate greift subsidiär Platz, zufolge einer *lex Atilia* (vor 189?), deren Bestimmung durch eine *lex Julia* (128?) *et Titia* (31 v. Chr.?) auf die Provinzen ausgedehnt wurde (*Gai. 1, 185—7; Ulp. 11, 18. 19; tit. J. de Atil. tutore 1, 20*). *Si quis sub conditione vel ex die tutorem dederit, medio tempore alius tutor dandus est, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat; sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare; et si semel ad testamentarium de-*

voluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus, in locum excusati dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam. Quodsi tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit (*fr. 11. D. de test. tut. 26, 2*).

§ 422] 2. Fähigkeit und Pflicht. Nur einem Fähigen kann gültig deferirt werden; fähig sind *cives Romani* und *Latini puberes masculini generis*, unfähig *latini Juniani*, *furiosi*, *prodigi*, *infames*, *surdi* (*fr. 1. § 2. 3.*; *fr. 17. D. de tutelis 26, 1; Ulp. 11, 16*). *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est: nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent* (*Nerat.* in *fr. 18. D. de tut. 26, 1*).

Außer diesen s. g. absoluten Unfähigkeitsgründen hat der Tutelarmagistrat darauf zu sehen, daß nicht solche zur Vormundschaft gelangen, welche sich dazu auf verdächtige Weise drängen, oder von den Eltern selbst perhorrescirt sind oder sich mit denselben verfeindet haben (*fr. 21. § 2. 6. D. de tut. dat. 26, 5; fr. 3. § 12. D. de susp. tut. 26, 10:* s. g. relative Unfähigkeitsgründe).

Man hat alle diese Unfähigkeitsgründe unter dem unpassenden Ausdruck: *excusationes necessariae* zusammengefaßt, um sie von den in den Willen des Berufenen selbst gestellten Ablehnungsgründen (*excusationes voluntariae*) zu unterscheiden. Es ist deren im classischen Recht eine ziemliche Anzahl anerkannt; einige derselben befreien überhaupt von Vormundschaftspflicht, andere nur gewissen Pupillen gegenüber, und theils berechtigen sie bloß zur Ablehnung einer erst deferirten, theils selbst zur Niederlegung einer bereits übernommenen Tutel. Einige beruhen ausschließlich auf Begünstigung gewisser Berufsclassen (z. B. der Veteranen), andere haben zugleich Fürsorge für den Pupillen im Auge: die Abgrenzung der letzteren gegen die Unfähigkeitsgründe ist mehrfach schwankend (s. z. B. *Paul. II, 27. § 1: inimicitiae capitales a tutelis excusant*).*

§ 423] 3. Dem Interesse der Mündel dienen zwei auf Privatinitiative abzielende Einrichtungen bezüglich der *tutela dativa*: a) die *tutoris petitio s. postulatio* d. h. Beantragung einer *tutoris datio* beim Tutelarmagistrat; als Pflicht war dieselbe (bei Verlust des Intestat-Erbrechts oder Strafe) vorgeschrieben der Mutter und den Freigelassenen, aber auch von *cognati*, *affines*, *familiares*, *amici* der Eltern oder *educatores pupillorum* konnte sie ausgehen (*fr. 2. D. qui petant tutor. 26, 6; fr. 2. § 23—34. D. ad Sct. Tertull. 38, 17: petitio necessaria* und *voluntaria*). b) Die *potioris nominatio*, d. h. Vorschlagung eines Geeigneteren mit dem Erfolg, daß dadurch der Vorschlagende selbst der Uebernahme der Vormundschaft überhoben wird. Versagt war dieser Schritt den Freigelassenen, Cognaten (bis zum 6. bez. 7. Grad) und Affinen, Curien- und Zunftgenossen. Er nahm dem Nominanten die Befugniß, nachher noch Excusationen für sich geltend zu machen, geschah daher hauptsächlich, wenn demselben ein Excusationsgrund

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. II.

nicht zur Seite stand oder nicht erweislich war,* und verpflichtete ihn zu subsidiärer Haftung für den *potior nominatus*. Durch eine *oratio Severi* in bestimmte Regeln eingegrenzt, verfiel die *pot. nom.* in späterer Zeit der Ungunst und kam noch vor Justinian ganz ab. *Vat. fragm. § 157—167. 206—220.*[3]

§ 424] III. Endigung. Außer durch Tod (des Pupillen, des Tutor selbst) hört das Tutelverhältniß des bisherigen Tutor auf: 1) mit dem Mündigwerden des Pupillen, 2) durch eine *capitis diminutio* (*minima: sc. arrogatio*) desselben, 3) durch *capitis diminutio magna* des Tutor, auch durch *c. dim. minima* des *tutor legitimus*, 4) durch Rücktritt (*abdicatio*), welcher in Voraussetzung eines erweislichen Befreiungsgrundes (s. § 422), einem testamentarischen Vormund aber schlechthin, freisteht, 5) durch Eintritt eines Unfähigkeitsgrundes, und 6) durch Absetzung wegen Pflichtvergessenheit (*remotio s. rejectio tutoris*). *Tit. J. quib. mod. tut. fin.* (*1, 22*); *fr. 14. D. de tut.* (*26, 1*).

Die Remotion erfolgt regelmäßig auf Antrag und Anklage (*postulatio et accusatio suspecti*), wozu seit den XII Tafeln Jedermann, selbst Frauenzimmer, die dem Pupillen nahe stehen, vor Allem auch die etwaigen Contutoren befugt sind; *sciendum est, suspecti crimen e lege XII tabularum descendere ... et quasi publicam esse hanc actionem, h. e. omnibus patere, et mulieribus, quae pietate necessitudinis ductae ad hoc procedunt* (*fr. 1. 3. pr. D. de susp. tutor. 26, 10*); und selbst von Amtswegen soll der Tutelarmagistrat einschreiten, *si liqueat ex apertissimis rerum argumentis, suspectum esse tutorem* (*fr. 3. § 5. eod.*). Suspect aber ist, wer das Gegentheil eines *fidelis et diligens tutor* ist, oder *qui non ex fide tutelam gerit* (*§ 5. 13. J. de susp. tutor. 1, 26*). An die Stelle des removirten tritt ein anderer (ordentlicher) *tutor*.[4]

C. Tutela mulierum perpetua.

§ 425] Die Geschlechtsvormundschaft über *feminae puberes* (*viripotentes, nubiles, perfectae aetatis*) ist vielleicht ursprünglich der Alterstutel ganz gleichartig gewesen (*potestas tutorum Cic. pr. Mur. 12*), später aber von derselben wesentlich verschieden, hauptsächlich dadurch, daß ihr die administrative Seite (daher auch die Quasicontracts-Natur und das *judicium tutelae*) ganz fehlt. Aus Letzterem erklärt sich, daß sie allmählich zu einer reinen Formsache herabsank und endlich in der nachclassischen Zeit sogar ganz abkam.

Gaius (1, 194; 2, 122) unterscheidet nach des Labeo Vorgange (Gai. 1, 188) *duo genera tutelae muliebris:* 1) die ***tutela legitima** agnatorum vel patronorum* (*et parentum manumittentium*), welche zunächst im Interesse der eventuellen Erbfolger und nur secundär aus Fürsorge für die Frau selbst bestand (Gai. 1, 192); demgemäß a) hing es bei Veräußerung von *res mancipi* (*res pretiosiores*) und bei Uebernahme obligatorischer Verbindlichkeiten regelmäßig (*praeterquam si magna*

---

*) Ueber das Nominationsverfahren s. die Excurse zu diesem Kapitel No. II. a. E.

causa interveniat), bei Testamentserrichtung schlechthin vom Belieben des Tutor ab, sein Vollwort zu ertheilen oder zu versagen (Gai. 1, 192), und b) konnte der Tutor (z. B. für den Fall der Abwesenheit: Gai. 1, 173) die Ausübung seines Tutelrechts einem Anderen (*tutor cessitius*) *in jure* cediren: *quo mortuo aut capite diminuto revertitur ad eum tutorem tutela, qui cessit; ipse quoque, qui cessit, si mortuus aut capite diminutus sit, a cessitio tutela discedit et revertitur ad eum, qui post eum, qui cesserat, secundum gradum in tutela habuerit* (Gai. 1, 170).

Der Geist der Zeit suchte die Frauen dieser Fessel auf verschiedenen Umwegen zu entledigen: a) der Gewalthaber, (Vater, Ehemann) konnte der überlebenden Tochter, bez. Wittwe einen besonderen Vormund letztwillig ernennen (*tutor dativus*: Gai. 1, 144. 148); b) der Ehemann konnte seiner Frau *in manu* letztwillig die Ermächtigung ertheilen, sich einen Tutor eigner Wahl (*tutor optivus*) zu nehmen, sei es für ein oder einige bestimmte Rechtsgeschäfte, oder in beliebiger Wiederholung für alle Fälle (*tutoris optio angusta et plena:* Gai. 1, 153); c) die Frau konnte (*si qua velit, quos habet tutores, reponere, ut alium nanciscatur*), wofern der Agnat sich dazu verstand, einen *tutor fiduciarius* substituiren lassen (Gai. 1, 115). d) Eine *ingenua* konnte in *absentis tutoris locum alium petere, quo petito prior desinit; nec interest, quam longe aberit is tutor* (Gai. 1, 173). Endlich hob, nachdem schon die *lex Papia Poppaea* bedeutend eingegriffen hatte,* eine *lex Claudia* die Geschlechtstutel der Agnaten geradezu auf, so daß nur die der Patrone (über *libertinae*) und der Quasipatrone in Geltung blieb (Gai. 1, 157. 171).

2) Die *ex testamento*, *ex optione* und *ex coemtione fiduciae causa* (auch diese *tutela fiduciaria?*) herrührende, sowie die *ex lege Atilia*** subsidiär vom Tutelarmagistrat zu gebende Geschlechtstutel enthielt für die Bevormundete keine erhebliche Fessel, seitdem feststand, daß ein solcher Tutor die Auctoritas nicht versagen dürfe; das Erforderniß bei Rechtsgeschäften hatte nur noch den Werth einer Mahnung zur Vorsicht, ließ der Frau in der Sache selbst ganz freie Hand und sank daher zur leeren Förmlichkeit herab. Als solche bestand sie, obwohl schon seit der *lex Papia Poppaea* alle Frauen mit dem *jus liberorum* (*ingenuae trium — libertinae quatuor liberorum jure:* Gai. 1, 194) von jeder Tutel befreit waren, noch zu Gaius Zeit fort; doch bemerkte dieser: *feminas perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur, nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur, quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur* (Gai. 1, 190).

Ein Rescript Diocletian's erklärte das Vollwort für überflüssig bei der Bestellung eines Proceßprocurator (*fragm. Vat. § 325*), und aus

*) s. den folgenden § 425. **) s. oben § 421.

einer Constitution Valentinian's II. (v. J. 390), welche majorennen Frauen die Fähigkeit zur Uebernahme der Pupillartutel zuschreibt (*l. 2. C. quando mulier tutelae 5, 35*) erkennen wir, daß damals die Geschlechtstutel überhaupt antiquirt seyn mußte.[5]

D. Cura furiosi et prodigi.

§ **426**] I. Die XII Tafeln sprachen allgemein aus: *Si furiosus escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* (*Auct. ad Herenn. 1, 13; Cic. de invent. 2, 50; de republ. 3, 33; Ulp. 12, 2*). Diese *cura s. curatio furiosi* hat sich durch alle Perioden des Römischen Rechts erhalten, auch an der Umbildung der Vormundschaft überhaupt insofern theilgenommen, als späterhin das Vermögensinteresse der Verwandten zurück-, und das Wohl des Pfleglings selbst in den Vordergrund trat. In Ermangelung eines *agnatus* oder bei Untüchtigkeit desselben bestellt der Prätor den *curator* (*honorarius: Ulp. 12, 1; fr. 13. D. de cur. fur. et aliis dandis 27, 10*); ein letztwillig (vom Vater oder Mutter) ernannter *curator* bedarf der obrigkeitlichen Confirmation (bez. *ex inquisitione: fr. 1. § 3; fr. 2. D. de confirm. tut. v. cur. 26, 3; § 1. J. de curator. 1, 23*).

Die Aufgabe des *curator furiosi* geht auf völlige Vertretung des Pfleglings, umfaßt alle Vermögensangelegenheiten desselben, da er *absentis loco* ist, mit freiester Dispositionsbefugniß (*fr. 48. D. de adm. tutor. 26, 7; Gai. 2, 64; fr. 5. 124. D. de R. J.*), und erstreckt sich sogar auf das persönliche Wohl des Pfleglings: *consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi* (Jul. in *fr. 7. pr. D. de curator. furioso dandis 27, 10*).

§ **427**] II. Die *cura prodigi** erscheint in mancher Hinsicht als eine freie Nachbildung der vorigen (*fr. 40. D. de R. J.*); sie bestand in Rom von Alters her, indem sie dem Römischen Sinn für Zusammenhaltung des Vermögens wohl entsprach, und wurde in den XII Tafeln ausdrücklich anerkannt (*fr. 1. D. de cur. fur. d. 27, 10*). Sie kann ihrer Natur nach nur bei mündigen Personen in Frage kommen und unterscheidet sich von der *cura furiosi* vorzüglich dadurch, daß der *curator* hier nicht anstatt des *curandus* handelt, sondern nur Consens ertheilt, in der Weise, wie der *curator minoris* (s. § 428).

Ihre Constituirung ist bedingt durch ein Decret des Curatelmagistrats (s. g. Prodigalitätserklärung), dahin lautend: *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (*Paul. III, 4. A. § 7; Ulp. 20, 13*). Wenn der Vater im Testament einen solchen *curator* verordnet hat, soll der Magistrat dem väterlichen Willen Folge geben, auch wenn ihm selbst die Maßregel nicht gerade nothwendig erscheinen sollte: *per omnia judicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus propter aliquod forte*

---

*) s. oben § 413.

suum vitium, idoneum putaverit (Tryph. in *fr. 16. D. eod.*). Außerdem schreitet der Magistrat, falls dringende Gründe vorliegen, von Amtswegen ein: *solent hodie Praetores vel Praesides curatorem ei dare exemplo furiosi, et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit; quodsi evenerit, ipso jure* (Constatirung vorausgesetzt!) *desinunt esse in potestate curatorum* (*Ulp. fr. 1. D. eod.*). Die Interdiction geschieht vornehmlich, wenn der Verschwender Nachkommenschaft hat (*fr. 16. § 1. i. f. D. eod.*); *et mulieri, quae luxuriose vivit, bonis interdici potest* (*fr. 15. eod.*).

E. Cura minorum.

§ 428] Seitdem im 3. Jahrh. v. Chr. der Geschäftsverkehr verwickelter und raffinirter wurde,* und der Leichtsinn auch über die Römische Jugend kam, wurde dieselbe durch die *lex Plaetoria* (*quina vicenaria: Plaut. Pseudol. I, 3, 69*) unter das Schirmdach einer *publica accusatio propter circumscriptiones* gestellt,** Geschäftsleuten aber, die mit ihnen contrahiren wollten, eine Sicherstellung dadurch gewährt, daß für den Contractsabschluß dem *minor* ein *curator* zur Seite gegeben wurde, dessen Consens der *accusatio* vorbeugte. *Tab. Heracl.* v. *111. 112. 117—119. Capital. Marc. 10.* Dieser *consensus*, welcher vom *curator* dem *minor* ertheilt wird (*accommodatur: fr. 60. D. de jure dot. 23, 3*), ist kein Vollwort (*auctoritas*), und daher keine organische Theilnahme und unmittelbare Mitwirkung am Geschäft, sondern nur eine Berathung und Genehmigung, die äußerlich hinzukommt, und daher vom *curator* brieflich, sowie auch vorläufig oder nachträglich, erklärt werden kann.

Bei lebhafter Geschäftsthätigkeit der Minorennen mußte es einfacher erscheinen, nicht für jeden einzelnen Fall, sondern ein für allemal sich einen *curator* zur Seite zu stellen, welcher die Consensertheilung während der ganzen Dauer der Minderjährigkeit vollziehen und zugleich auf die gesammte Vermögensverwaltung planmäßige Obacht haben konnte. Durch eine Constitution des *Marc Aurel* ward demgemäß festgesetzt, daß jeder *minor* auf seinen Antrag (*petitio curatoris*) einen ständigen *curator* erhalten könne (*Capitol. l. c. Gai. 1, 197. 198*), und es mag nicht selten vom bisherigen Alterstutor die Curatel des nunmehrigen *minor* sofort oder baldigst übernommen worden seyn (*fr. 13. i. f. fr. 14. D. de tut. act. 27, 3*).

Der Prätor und Statthalter bestätigt den erkorenen *curator*, ohne aber von Amtswegen die Ernennung zu bewirken; nur auf Andringen eines Schuldners, der Zahlung leisten, oder eines Gegners, der processiren will, kann der *minor* zur *petitio* genöthigt werden (*fr. 7. § 2. D. de minor. 4, 4; § 2. J. de curator 1, 23*), und der abtretende Alterstutor soll den *minor* ermahnen, *ut sibi curatorem peteret* (*fr. 5. § 5. D. de adm. tutor. et curat. 26, 7*). Curator und Consens sind auch in der

*) s. oben § 194. **) s. oben § 414.

classischen Zeit kein wesentliches Erforderniß für Verpflichtungen des *minor* (*fr. 101. D. de V.O.45,1; fr. 43. D. de O. et A. 44,7*), und als Regel bleibt der Satz: *inviti adolescentes curatores non accipiunt* (*§ 2. J. eod.*), wenn auch die Annnahme eines *curator* allgemeine Sitte geworden ist (*fr. 1. § 3. D. de minor. 4,4; fr. 13. § 2. D. de tutor. 26,5*).

F. Cura ex aliis causis.

§ **429**] Der Satz: *tutorem habenti tutor dari non potest* (*§ 5. J. de curator. 1,23*), drückt ursprünglich wohl nichts weiter als die Subsidiarität der *tutela dativa* aus (s. § 421 a. f.; Gai. 1,185: *cui nullus omnino tutor est, ei datur a praetore*), ist aber später auch so verstanden worden, daß neben einem ordentlichen *tutor*, falls noch ein Specialvormund nöthig werde, regelmäßig kein *tutor*, sondern ein *curator* zu bestellen sei. Nichtsdestoweniger kommen auch außerordentliche Specialtutoren namentlich zur Aushülfe vor; solche sind (bez. auf Antrag des Hauptvormunds) zu bestellen z. B. 1) wenn ein Theil des Pupillarvermögens sehr entfernt (in einer anderen Provinz gelegen) ist, für diesen besonders; das Verhältniß solcher ist nicht *contutela*, sondern *tutela divisa* (*fr. 21. D. de excus. 27,1* und *fr. 15. D. de test. tut. 26,2*); 2) wenn, während der Frauentutor wahnsinnig, oder (*pendente excusatione*) die Uebernahme der Vormundschaft seiten des bestellten Alterstutor zweifelhaft ist, ein Rechtsgeschäft (z. B. *dotis constitutio*, *hereditatis aditio*) vorzunehmen ist, das gerade *auctoritas* erfordert (*Gai. 1,180; fr. 17. § 1. D. quando appellandum 49,1*); 3) wenn ein Proceß mit *legis actio* oder im *judicium legitimum* zwischen dem eigentlichen *tutor* und Mündel zu führen ist, für diesen Proceß, insonderheit *tutor Praetorius* genannt (*Gai. 1,184; Ulp. 11,24*).

Im Uebrigen ist nicht ein *tutor*, sondern ein *curator* neben dem eigentlichen *tutor* oder *curator* zu bestellen, wenn das Bedürfniß einer Interimsvormundschaft entsteht, nämlich wenn der eigentliche Vormund 1) durch Testament oder Gesetz berufen, aber noch *impubes* ist, bis zu dessen Mündigwerden (*fr. 10. § 7. D. de excus. 27,1*), 2) durch Krankheit oder Wahnsinn an der Führung der Geschäfte verhindert ist (*fr. 10. § 8. eod.*), oder 3) eine zeitweilige *excusatio* hat, für diese Zeit (*§ 5. J. de curator. 1, 23*).

Personen, die keiner ordentlichen *tutela* oder *cura* unterworfen sind, können einen *curator* erhalten, wenn sie durch ein Gebrechen (Bresthafte d. h. mit siechen oder gebrechlichen Gliedmaßen, *surdi*, *muti*), oder anhaltende Krankheit, oder geistige Beschränktheit außer Stand sind, selbst ihren Angelegenheiten vorzustehen (*qui rebus suis superesse non possunt:* Paul. in *fr. 2. D. de curator. dandis 27,10*), und die Vormundschaftsbehörden sollen von Amtswegen dafür sorgen (*fr. 12. pr. D. de tutor. 26, 5; § 4. J. de curator. 1, 23*).

Literatur: 1) v. Savigny System II. S. 245. Böcking Pand.-Instit. I. § 64. — 2) Rudorff Recht d. Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland

geltenden Rechten entwickelt (3 Bde. Berl. 1832—4), II. S. 315. Schliemann d. Lehre vom Zwange (1861) S. 112. — 3) Rudorff II. S. 160. 184—205. — 4) Müller (Institut. § 173. Anm. 23) stellt den an die Stelle des *remotus tutor* Einrückenden unter die außerordentlichen Tutoren. — 5) Puchta Curs. d. Instit. III. § 302. Anm. q (Rudorff).

X. Kapitel.

III. Das Rechtsobject.

§ **430**] I. *Res.* Unter den oben* aufgezählten drei Kategorien der Rechtsobjecte (Sachen, Leistungen, Vermögenskreise) sind die *res corporales*, im Sinn körperlicher Rechtsobjecte, oder Sachen, die am unmittelbarsten sich dem Menschen und seinen Bedürfnissen darbietenden: an sie knüpft daher der kindliche Rechtstrieb immer zuerst an. Nicht rein in diesem Sinn verstehen die Römer es, wenn sie *res corporales* und *incorporales* als die, *quae tangi possunt* und *tangi non possunt* (*esse intelliguntur*), unterscheiden (*Cic. Top. 5; Gai. 2, 13; § 1. J. de reb. corp. 2, 2; fr. 1. § 1. D. de rer. div. 1, 8*), indem sich unter dieser Eintheilung der Objecte eine Eintheilung der Rechtsverhältnisse verbirgt.**

Sache (*res*) im eigentlichen und engeren Sinn ist ein dem menschlichen Willen zugängliches und seiner Herrschaft unterwerfbares Stück der sinnlichen Außenwelt, welches dergestalt räumlich begrenzt ist, daß es von seiner Umgebung dauernd unterschieden werden kann. Jedes solche Stück bildet im Recht das Object eines eigenen (dinglichen) Rechtsverhältnisses, und nur ein solches kann das Object eines eigenen (dinglichen) Rechtsverhältnisses bilden, daher so viele einzelne Sachen im Vermögen eines *paterfamilias* sind, so viele Eigenthumsrechte stehen demselben zu, und was nicht eine eigene Sache ausmacht, kann nicht der Gegenstand eines eigenen Eigenthums seyn. Aus diesem Grunde hat die genauere Bestimmung des Wesens der Sache und Umgrenzung des Sachengebiets ein juristisches Interesse.

§ **431**] 1. Zusammensetzung der Sache. a) Am vollkommensten vereinigt alle jene Eigenschaften eine solche Sache, welche eine natürliche Einheit bildet, *corpus unitum* (*graece: ἡνωμένον*), *i. e. quod uno spiritu continetur* (Pomp. in *fr. 30. pr. D. de usurp. 41, 3;* dazu *fr. 23. § 5. D. de rei vind. 6, 1*), im Gegensatz einer künstlichen Zusammensetzung insgemein als *res singula* bezeichnet (z. B. in *fr. 23. pr.* und *fr. 30. § 2. D. eod.*). Beispiele sind: *homo* (Sklave), *tignum, lapis, statua,* Viehstück, Fell, Gewebe (?), Backwerk, Pflanze.

b) Das Culturbedürfniß hat zu vielen künstlichen Zusammensetzungen geführt, durch welche eine Mehrheit von Stücken so an und in einander gefügt und befestigt sind, daß ihrem einheitlichen Verkehrszwecke die sinnliche Einheit ihres Bestandes entspricht, *corpus connexum* (*graece: συνημμένον*), *quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat* (*fr. 30. cit.*), von den Neueren auch als

*) Vergl. oben Cursus § 359 u. Excurse S. 360. **) s. Excurse S. 387.

universitas rerum cohaerentium bezeichnet, entsprechend dem Quellenausdruck *universitas aedium* (*ex solo et superficie constans*: *Javol. fr. 23. pr. cit.*). Beispiele sind: *aedificium*, *navis*, *armarium*, Wagen, Locomotive, Gewand mit Ornamenten.

§ 432] Es liegt in der Natur der Dinge, daß der plastische Verkehrstrieb hierbei nicht stehen bleibt, sondern in noch freierer Weise Sacheinheiten statuirt, und weiter hängt damit zusammen, daß die Grenze zwischen Sacheinheiten und Sachenmehrheiten schwankend und flüssig wird. Eine Erweiterung des Bereichs der Sacheinheiten liegt in Folgendem:

c) Flüssige Stoffe (wie Wein und Oel) erhalten nur durch Füllung in Gefäße eine Sonderung und Specialisirung, welche ihnen bleibt, so lange sie im bestimmten Gefäß gehalten, nicht getheilt oder mit anderen Quantitäten in größere Gefäße zusammengegossen werden; ihnen stehen solche Natur- und Kunstproducte (wie Getreide, Pulver, Mehl, *ruta caesa*, Stecknadeln) von trockner Art gleich, welche als einzelne Stücke keinen repräsentablen und erheblichen Werth habend nur als Massen oder Quantitäten im Verkehr figuriren. Alle diese *res, quae pondere ac mensura consistunt*, gelten, insoweit sie unter einen einfachen Maßbegriff gebracht, mit der Hand oder durch die Wage oder in bestimmtem Gefäß zusammengefaßt werden, als Sacheinheiten (Garbe, Handvoll, Fascikel, ein Pfund Amphora u. s. w.), aber ihr Individualbestand ist rein willkürlich und wechselnd. Man könnte sie „Massesachen“ nennen.

Der Grund und Boden mit seinem geognostischen Zusammenhang bietet dem Menschen gleichfalls einen Spielraum für Individualisiren, dessen Willkür je nach der Bodenbeschaffenheit theils unbeschränkt, theils aber beschränkt ist. Wo der Erdboden ohne natürliche Grenze und Gliederung ist, muß die Hand des Messers (*agrimensor*) hinzukommen, um durch künstliche Abmarkung einzelne Bodentheile zu specialisiren, d. h. zu Grundstücken zu machen, welche mit dieser Aussonderung zu Sacheinheiten für sich werden*; durch den Grundriß eines darauf errichteten Hauses kommt ein neues Specialisirungsmoment hinzu, daher es einen guten Sinn hat, wenn in den Quellen öfters das *aedificium* als die Hauptsache, der *fundus* als die Nebensache angesehen zu werden scheint.** Es kann aber die Unterscheidung einzelner Grundstücke auch durch die natürliche Gliederung des Bodens, z. B. durch Ufer, Felsabhänge, Waldessaum, gegeben seyn. Eine (kleine) Insel oder eine Oase ist eine natürliche Einheit, die aber künstlich wieder in mehrere Grundstücke zerlegt werden kann.

§ 433] Endlich erfährt der Begriff der Sacheinheit noch folgende Erweiterungen:

d) Eine Heerde (*grex* Kleinviehheerde, *armentum* Rinderheerde, *equitium* Gestüt), d. h. eine Anzahl gleichartiger Viehstücke, gestaltet sich naturgemäß zu einer wirthschaftlichen Einheit, ergänzt und erhält

*) s. d. Excurse zu diesem Kapitel No. I. **) Vergl. Excurse S. 200.

sich durch Fortpflanzung und Gewöhnung der Thiere im organischen Zusammenhang, so daß die einzelnen zugehörigen Stücke (*capita*) als Theile einer Einheit erscheinen. Auch dem wirthschaftlichen Sinn der Römer ist diese Thatsache nicht entgangen, und demgemäß rechnen sie die Heerde unter die Sacheinheiten (*corpora*), indem sie dieselbe als *corpus*, *quod ex distantibus* (*i. e. capitibus*) *constat*, oder als *universitas*, die einzelnen Stücke als *corpora plura non soluta*, *sed uni nomini subjecta*, oder gar als *partes* bezeichnen (*Paul. fr. 23. § 5. D. de rei vind. 6, 1; Ulp.* in *fr. 70. § 3. D. de usufr. 7, 1; Pomp.* in *fr. 30. pr. D. de usurp. 41, 3*). Es ist weder richtig, hier von einer Fiction zu reden, noch die Sacheinheit im rechtlichen Sinn zu leugnen; die Heerde bildet vielmehr eben so gut und in demselben Sinn ein reelles Ganzes, wie die Körperschaft (*corpus, universitas, nomen!*),* und das Recht erkennt dasselbe an, ohne einer Fiction dabei zu bedürfen.

Unrichtig hat man mit der Heerde auch willkürliche Sachencomplexe, welche für einzelne Erwerbsfälle und zufällige Neigungen als Ganzes in Betracht kommen, zusammengestellt, als ob von ihnen Gleiches gälte: eine Bibliothek, Gemälde- oder Schmetterlingssammlung, ein Waarenlager (*merx, taberna*), oder Wirthschaftsinventar (*instrumentum*), oder gar der gesammte Putz und Schmuck (*mundus*, *ornamenta*), Hausrath (*suppellex*), oder Speisevorrath (*penus*) bilden keine Sacheinheit im rechtlichen Sinn. Anderseits beruht auch die früher übliche Zusammenstellung der Heerde mit den Vermögenskreisen** der *hereditas,* des *peculium* und der *dos* auf einer falschen Vorstellung. Es ist daher die Gegenüberstellung von *universitates facti* (d. h. Massen gleichartiger Sachen: Heerde, Bibliothek, Waarenlager u. s. w.) und *universitates juris* (die genannten Vermögenskreise) in doppelter Hinsicht verwerflich.

§ **434**] e) Manche Sachen stehen in einer solchen Beziehung zu einander, daß die eine als die maßgebende, die andere als die abhängige, mithin rechtlich als ein bloßer Anhang der ersten erscheint, und beide zusammen insofern gewissermaßen eine Sacheinheit darstellen. Man nennt solche: Haupt- und Nebensache (*res principalis* und *accessio*); die letztere behält thatsächlich die Natur einer selbständigen Sache und ist daher nicht Theil (*pars*) der Hauptsache, aber sie ist dem Theil darin ähnlich, daß sie dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache folgt (*cedit rei principali, sequitur rem principalem, res principalis per praevalentiam rem trahit: Paul. in fr. 23. § 4. D. de rei vind. 6,1*). Solche Accessionen sind aa) durch Ursprung und Natur die Früchte (*fructus*) d. h. organische Hervorbringungen einer Sache, *res quae natura ex ipso corpore procreantur* (*fr. 121. D. de V. S.*), und welche *salva rei substantia* der *res frugifera* abgewonnen werden, als: Baumfrüchte (Obst), Sago, Gummi, Weidenruthen, Getreide, Heu, Thierjunge, Wolle, Milch, *lapis renascens* (*?fr. 7. § 13. D. sol. matr. 24,3*), Torf, Kohlen. Man unterscheidet *fructus mere naturales* und *industria-*

*) s. oben Cursus § 401.
**) s. oben Cursus § 336, Excurse S. 305—312, und unten Cursus § 444.

les, je nachdem ihre Hervorbringung ohne menschliche Arbeit und Nachhülfe (*cultura et cura*), oder mittels dieser (z. B. Getreidebau, Obstplantagen) geschieht.* Die technischen Ausdrücke: *fructus pendentes s. stantes, separati* und *percepti, exstantes, deperditi, consumti* und *percipiendi* gehören besonderen Rechts- und Proceßverhältnissen an.[1]

bb) Durch menschliche Zweckbestimmung die s. g. Hülfssachen oder Zubehörungen (*pertinentia*)[2] d. h. die zum beständigen Gebrauch für die Zwecke der Hauptsache bestimmten Nebensachen, z. B. Weinpfähle zum Weinberg, Glocken zum Kirchthurm, Jalousien und Wasserleitungsröhren zum Haus, Boot und Bramsegel zum Schiff, Schlüssel zum Gebäude oder Schrank, Düngervorräthe zum Wirthschaftsgehöfte. Die Pertinenzeigenschaft ist dadurch bedingt, *α*) daß der Hauptsache eine natürliche Prävalenz der Art innewohnt, daß unter keinen Umständen die andere Sache als die wichtigere erscheinen kann, daher insbesondere Grundstücke als Hauptsachen zu denken sind, und *β*) daß die Zweckbestimmung durch eine erkennbare Vorrichtung, z. B. wand- band- niet- oder nagelfeste Verbindung, objectiven Ausdruck erhalten hat (*fr. 17. 18. D. de act. emti 19, 1*).

Aus dem Wesen der Früchte folgt die Regel, daß die separirte Frucht in das Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache fällt, aus dem Wesen der Pertinenzen, daß ein die Hauptsache betreffendes Rechtsgeschäft die Pertinenz von selbst mit ergreift und nur dann sie unberührt läßt, wenn sie von der Verfügung ausdrücklich ausgenommen (vorbehalten) worden ist.**

§ **435**] 2. Grenzen des Sachgebiets. *a*) Von Natur, nämlich wegen mangelnder Individualisirbarkeit, können überhaupt nicht als Sachen in Betracht kommen die Luft oder Atmosphäre (*aër*), das frei fließende Gewässer (in Quellen, Bächen, Flüssen, Seen: *aqua profluens*), die Meerfläche (*mare*) und das Meergestade (*litora maris*). Sie dienen dem allgemeinen Leben und Verkehr, und Jeder benutzt und genießt sie vermöge allgemeinen Menschenrechts und nach individuellem Bedürfniß: sie heißen daher *res communes omnium, quarum usus communis est* (*§ 1—5. J. de rer. div. 2, 1*; *fr. 2—5. D. de div rer. 1, 8*).

Mit der Luft als Element ist nicht zu verwechseln die s. g. Luftsäule über einem Grundstück (*coelum supra locum*) d. h. der freie Raum über der Oberfläche in die Höhe gerechnet; derselbe ist Theil des Grundstücks, so gut wie die entsprechende Tiefe unterhalb der Erdfläche (*fr. 22 § 4. D. quod vi aut clam 43, 24*). Fließendes Gewässer gehört Niemandem, auch nicht der Quell, der dem Grund und Boden Jemandes entspringt, oder der Bach, der durch Jemandes Grundstück fließt; aber geschöpftes und im Gefäß gehaltenes Wasser gehört dem Schöpfenden als aus dem freien Element ausgeschiedene und individualisirte Sache. Theile des Meergrundes, sowie des Gestades können durch Bauwerke individualisirt werden und im Eigenthum

*) Ueber die s. g. *fructus civiles* s. die Excurse zu diesem Kapitel, No. II.
**) Ueber die *impensae* und *expensae* s. Excurse zu diesem Kapitel, No. II.

des Bauunternehmers stehen, indem sie auf die Dauer des Baubestandes die Natur begrenzter Sachen (Grundstücke) annehmen: *in mari piscantibus liberum est, casam in litore ponere, qua se recipiant — in tantum, ut et soli domini constituantur, qui ibi aedificant; sed quamdiu aedificium manet; alioquin aedificio dilapso, quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, ejus fiet* (Gai. und Marcian in *fr. 5. 6. D. eod.*). Als Gestade gilt der Rand des Meers, soweit das Erdreich regelmäßig von der Flut bespült wird (*fr. 96. 112. D. de V. S. jct. Cic. Top. 7*).

§ **436**] b) Durch menschlichen Willen, nämlich durch Bestimmung und Einrichtung für Religionszwecke, werden Sachen überhaupt der Sphäre des eigentlichen Rechts entrückt und mithin auch unfähig, Privatrechtsobjecte zu seyn, daher *in nullius bonis sunt* (*fr. 6. § 2. D. de div. rer. 1, 8*). Solche geweihte Sachen (*res divini juris*) werden den *res profanae* (*loci puri, res humani juris*) gegenübergestellt.*

Die Römer unterscheiden aa) *res sacrae, quae auctoritate populi Romani* (*per pontifices*) *diis superis consecratae sunt* (*Gai. 2, 4. 5*), z. B. Tempel, Altäre; sie sind der Abschätzung und Veräußerung entzogen (*fr. 9. § 5. D. de rer. div. 1, 8*); bb) *res religiosae, quae diis Manibus relictae sunt* (*Gai. 2, 4*), nämlich Grabstätten (*sepulcra*), d. h. die eigentlichen Bestattungsplätze (*quatenus corpus humatum est: fr. 2. § 5. D. de relig. 11, 7*)**, nicht aber Orte vorläufiger Aufbewahrung oder leere Denkmäler (*cenotaphia: fr. 6. § 5. fr. 7. D. eod.*); cc) *res sanctae*[3], d. h. *sanctione quadam confirmatae*, also befriedete Sachen, z. B. *muri et portae, fines agrorum* und *fruges in agro* (*Gai. 2, 8: quodammodo divini juris sunt*; *fr. 2. D. ne quid in loco sacro 43, 6, Paul. Diac. ex Festo v. Termino*). Vor Alters standen auch sie in Bezug zu Gottheiten (*dei tutelares*), später herrschte der Criminalgesichtspunkt vor (*ideo sanctos dicimus, quia poena capitis constituta sit in eos, qui aliquid in muros deliquerit, § 10. J. de rer. div. 2, 1*).

§ **437**] 3. Eine besondere rechtliche Beschaffenheit erhalten manche Sachen dadurch, daß sie den Zwecken öffentlichen Gebrauchs dauernd bestimmt und dadurch der privatrechtlichen Disposition entnommen (*commercio exemtae**) sind; sie scheinen für die Dauer dieses Rechtszustandes nur dem *jus publicum* anzugehören, und der Eigenschaft eines Privatrechtsobjects beraubt zu seyn, doch werden sie als *res, quae universitatis sunt*, unterschieden von den *res sacrae, quae nullius sunt* (*§ 6. 7. J. de rer. div. 2, 1*), und gewiß ist, daß vermögensrechtliche Interessen an ihnen hervortreten können (*fr. 2. § 17. D. ne quid in loco publ. 43, 8*): mit Rücksicht hierauf ist ihre Privatrechtsqualität nicht als aufgehoben, sondern nur als beschränkt und latent zu denken.[4].

Solche Sachen, *quae in publico usu habentur* (*Pomp. fr. 6. pr. D. de contr. emt. 18, 1*) oder *usum utilitatemque communem habent* (*fr. 2.*

---

*) s. die Excurse zu diesem Kapitel, No. III.

**) Vergl. Excurse S. 364.

§ 22. D. ne quid in loco publ. 43, 8), sind öffentliche Flüsse, Straßen, Brücken, Plätze, Theater, Aquäducte und andre dem Gemeinleben unmittelbar dienende ständige Anstalten; sie heißen *res publicae* im engern Sinn, wenn sie dem Röm. Staat gehören (*res populi Romani*), *res quasi publicae* oder *communia civitatum** aber, wenn sie untergeordneten Gemeinwesen gehören (*fr. 15. D. de V. S.*). Von ihnen sind die *flumina privata* und *viae privatae s. agrariae* zu unterscheiden: jene sind alle *flumina non perennia* (*fr. 1. § 3. D. de flum. 43, 12*), diese sind solche Wege und Straßen, die *ex collatione privatorum constituta sunt* (*fr. 2 § 22. D. ne quid in loco publ. 43, 8*). Die Flußufer sind im Eigenthum derer, welchen die anstoßenden *agri arcifinii* gehören, doch *usus riparum publicus est juris gentium, itaque navem ad eas appellere liberum est* (*fr. 5. pr. D. de rer. div. 1, 8*).

Außerdem gehören dem Staat und den Gemeinden auch gewisse Mittel zur Bestreitung ihrer ökonomischen Bedürfnisse; diese bilden das Staats- und Gemeindevermögen im eigentlichen Sinn (*patrimonium s. pecunia populi Romani, civitatum*) und verhalten sich zu ihrem Rechtssubject, wie das Privatvermögen zum *paterfamilias* (*fr. 14. pr. D. de acq. dom. 41, 1*). Darunter können sich Grundstücke, Geldsummen (*arca*), Sklaven, Heerden befinden; dieselben sind reelle Bestandtheile des *aerarium* und *fiscus* und nicht *commercio exemta.*

§ **438**] 4. Natürliche Verschiedenartigkeit der Sachen. An den Sachen, welche weder durch ihre Natur, noch durch menschliche Einrichtung *extra nostrum patrimonium commerciumque* gestellt sind, finden sich mancherlei Eigenschaften, welche Einfluß auf ihre Rolle im rechtlichen Verkehr ausüben. Hiernach werden unterschieden:

a) bewegliche und unbewegliche Sachen (*res mobiles et immobiles* — Fahrniß und Liegenschaft, Mobiliar und Grundstücke). Zu den Mobilien, d. h. räumlich versetzbaren Sachen, gehört Alles, was nicht mit dem Grund und Boden wesentlich zusammenhängt, sowohl leblose (Mineralien, Vegetabilien, Victualien, Möbeln u. s. w.), als beseelte Körper (*res se moventes,* Semoventien: *animalia*[6], *mancipia*); Immobiliar ist der Grund und Boden (*solum*), sei es in größeren Strecken (*latifundia, campi*), oder kleineren Stücken (*praedia, fundi, loci, agri, areae*: *fr. 27. 30. 115. 211. D. de V. S.*), und an der Unbeweglichkeit nimmt alles Theil, was sich in radicalem oder fundamentalem Zusammenhang mit dem Grund und Boden befindet (*res soli*), also stehende Pflanzen und Bäume (*fr. 7. § 5. fr. 9. pr. D. quod vi aut clam 43, 24*), sowie errichtete Bauwerke (Häuser, Scheunen u. s. w.), und was durch Einbau (*junctio, implicatio: fr. 30. § 1. D. de usurp. 41, 3*) zur *pars aedium* geworden ist; nicht aber aufgestellte Buden oder für vorübergehende Zwecke eingerammte Pfähle, Ambose u. s. w.

Für viele Fragen des *jus publicum* und *privatum* sind die Römischen Unterscheidungen der Grundstücke als *fundi Italici* und *provinciales,*

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel, No. I.

praedia urbana (*aedes*) und *rustica* (*villae*) wichtig. Nur von wirthschaftlichem und administrativem Interesse (z. B. *fr. 4. D. de censib. 50, 15*) sind die Unterscheidungen der *domus* und *insulae*, der *oliveta*, *vineta* und *arbusta*, der *silvae* und *saltus*. In gewissen Beziehungen wird vom eigentlichen Bodenkörper (*solum*) das darauf Wachsende (*emphyteusis*), sowie das darauf errichtete Bauwerk (*superficies*) unterschieden (Gai. 2, 73. 74).

Das juristische Interesse an der Unterscheidung der Mobilien und Immobilien ist bei Weitem nicht so bedeutend, wie im germanischen und neuern Recht, doch zeigt es sich an verschiedenen Punkten des Römischen Systems gleichfalls: namentlich bei der Usucapion und den Servituten, dem *furtum* (*fr. 38. D. de usurp. 41, 3*) und dem *interdictum quod vi aut clam* (*fr. 7. 8. D. quod vi 43, 24*).

§ **439**] b) Theilbare und untheilbare Sachen (*res dividuae et individuae*), je nachdem sie ohne Störung (bez. Aufhebung) ihres Wesens und Werthes in mehrere selbständige Stücke (Sachen) zerlegbar sind (*quae sine interitu vel damno dividi possunt*), oder nicht. Theilbar sind alle Massesachen (s. oben § 432), sowie der Grund und Boden (*fundi, areae*), untheilbar aber alle organischen und künstlerischen Einheiten, z. B. Thier, Statue (Diamant); *fr. 35. § 3. D. de rei vind. (6, 1); fr. 26. § 2. D. de legat. I. § 5.; J. de off. jud. 4, 17.* — Verschieden von dieser Frage der körperlichen Theilbarkeit ist die der intellectuellen, welche mit der Sache selbst nichts zu thun hat (Pap. in *fr. 66. § 2. D. de legat. II*), vielmehr sich auf die Stellung der Subjecte (der *condomini*) bezieht und nur indirect als eine Theilung der Sache zu verstehen ist, nämlich insofern sie auf eine Theilung des der Sache inwohnenden Verkehrswerthes hinauskommt. Dieser intellektuellen Theilung sind alle Sachen fähig, denn sie ist eine Theilung des Rechts (des Eigenthums) an der Sache und der jedem Theilhaber zustehende Antheil ein Recht an der ganzen (und natürlich ungetheilten) Sache, *pars pro indiviso*.*

Körperliche Theilung macht aus der einen mehrere Sachen (*fr. 6. § 1. D. comm. praed. 8, 4; fr. 25. § 1. D. de V. S.*), während intellektuelle Theilung die Sache *pro indiviso* bestehen läßt und nur *partes indivisae s. incertae* hervorbringt (*fr. 35. D. quib. mod. ususfr. 7, 4; fr. 5. D. de stip. serv. 45, 3*).

§ **440**] c) Verzehrbare und nicht verzehrbare Sachen (*consumtibiles et non consumtibiles*), je nachdem sie durch ordnungsmäßige Benutzung untergehen oder wesentlich leiden (*usu consumuntur vel minuuntur: Cic. Top. 3; Ulp. 24, 27; fr. 7. 11. D. de usufr. ear. rer., quae usu 7, 5*) oder nicht. Zu jenen gehören alle Eßbarkeiten und Getränke, zu diesen Grundstücke, Geschmeide, Thiere und Sklaven. Das Geld (*pecunia numerata*) wird zu den verzehrbaren Sachen gerechnet, insofern sein eigentlicher Verkehrszweck erst im Ausgeben, also Verlust der Geldstücke sich erfüllt (*fr. 13. 18. D. de reb. cred. 12, 1*). — Ver-

*) s. unten Cursus Kap. 16.

zehrbare Sachen können nicht oder nur ausnahmsweise Objecte solcher Rechte werden, deren Ausübung in dauernder Benutzung besteht (*ususfructus, commodatum*: *fr. 3. § 6.* und *fr. 4. D. commod. 13, 6*).

Die verzehrbaren Sachen gehören meist der Classe der Fungibilien an, aber nicht darf umgekehrt von Fungibilität auf Consumtibilität geschlossen werden, wie an dem Beispiel des rohen Metalls erkennbar ist.

§ **441**] d) Vertretbare und nichtvertretbare Sachen (*res fungibiles et non fungibiles*[7]). Eine einzelne Sache kann entweder bloß nach ihren Gattungsmerkmalen (als *genus*), oder aber nach ihren individuellen, sie von allen anderen Sachen unterscheidenden Eigenschaften (als *species*) ins Auge gefaßt werden (*fr. 54. pr. D. de V. O. 45, 1*). Diejenigen Sachen, welche nach der ganzen Anlage ihrer Gattung so wenig individuell ausgebildet sind, daß sie regelmäßig und präsumtiv nur als gleichgültige Exemplare der Gattung in Betracht kommen, heißen Fungibilien, *i. e. res quae in genere suo* (*eandem*) *functionem recipiunt, quam specie,* oder *quae communi specie continentur* (Paul. in *fr. 2. § 1. D. de reb. cr. 12, 1;* Ulp. in *fr. 29. D. de solut. 46, 3*); dieselben werden daher nicht einzeln und individuell bezeichnet, sondern in Massen (als Quantitäten), indem dabei nur die Gattung festgehalten und die nähere Bestimmung nach Gewicht, Zahl oder Maß angegeben wird: *res quae pondere, numero vel mensura consistunt* (*Gai. 2, 196; Ulp. 6, 8*). Sklaven, Pferde, Grundstücke, Kleidungsstücke, Ringe u. s. w. kommen im Gegentheil regelmäßig als Individuen in Betracht und gehören daher zur Classe der nicht vertretbaren Sachen.

Der Gegensatz der Vertretbarkeit und Nichtvertretbarkeit — beruhend auf gewissen natürlichen Eigenschaften der Sache, die deren Werth für die Menschen bestimmen, aber zugleich auch abhängig von der Cultur und Mode der Zeit und dem Belieben der Privaten selbst — zieht sich durch die Güterwelt aller Zeiten hindurch. Jede Zeit hat gewisse Sachenarten, welche vorzugsweise als vertretbar gelten und dadurch geeignet werden, andere Werthsachen im Verkehr beliebig zu repräsentiren und sie zu messen: so in den Anfängen der Cultur vorzüglich das Kleinvieh und rohe Metall; im alten Rom verbarg sich jener Gegensatz in dem der *res nec mancipi* und *mancipi*, denn die letzteren waren vornehmlich die individuell in Betracht kommenden Vermögenstheile;* später, insbesondere seit den XII Tafeln, erhob sich das gemünzte Geld (*pecunia numerata*), indem es Gewißheit der vollkommnen Gleichwerthigkeit aller Exemplare derselben Sorte gewährte, zu der Hauptart der Fungibilien und ward seitdem vorzugsweise als Inhalt obligatorischer Verpflichtungen gedacht.**

Geld (*aes, pecunia*) im volkswirthschaftlichen Sinn ist jeder zur allgemeinen Werthsrepräsentation und Werthsmessung geeignete Stoff, und danach sind eigentlich nur solche Sachen Geld, welche selbst — und insoweit sie einen reellen Werth in sich tragen. In geordneten

*) s. Cursus § 124. 193. u. Excurse S. 86—92. 196.

**) s. Cursus § 125 a. E.

staatlichen Zuständen übernimmt aber die Staatsgewalt die Controle der Geldstücke und ertheilt denselben in Gemäßheit gleichmäßiger Herrichtung (Prägung: *aes signatum, moneta, nummi*) öffentlichen Glauben. *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit ... sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia formâ publicâ percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur* (Paul. in *fr. 1. D. de contr. emt. 18, 1;* dazu Javol. in *fr. 42. D. de fidej. 46, 3*). Indem die Staatsgewalt jenes thut, erlaubt sie sich zugleich eine Abweichung vom reellen Werth und legt den Geldstücken (namentlich auch den Scheidemünzen) einen etwas höheren Werth bei, als der an sich ihnen inwohnende Real- oder Metallwerth ist: dieser künstlich fixirte, ideelle Werth heißt Nominalwerth; er macht das Geld zu einer staatsrechtlichen Institution (*nummi publica forma percussi*). Der Verkehr pflegt zwischen beiden Werthen zu schwanken, kann selbst den Nominalwerth übersteigen, und dieser durch das Verhältniß von Angebot und Nachfrage jeweilig bedingte Werth der Geldsorten wird Curswerth genannt.

§ 442] II. Leistungen (*facta s. praestationes: § 6. J. de V. O. 3, 16; fr. 22. § 4. D. fam. herc. 10, 2*). 1. Begriff. Leistungen sind solche Bethätigungen des menschlichen Willens oder Handlungen, welche einen, anderen Menschen werthvollen, Erfolg herbeizuführen geeignet sind; nicht jedes irgendwelche Verhalten (z. B. *ambulare: fr. 218; D. de V. S.*) des Menschen ist Leistung, sondern nur dasjenige, welches auf einen derartigen Erfolg abzweckt (Ulp. in *fr. 8. § 6. D. mandati 17, 1: si nihil interest, cessat mandati actio*), und nicht jede Leistung gilt im rechtlichen Sinn als solche, sondern nur eine derartige, welche auf einen sachlichen Erfolg, d. h. auf einen in Geld ausdrückbaren Werth abzweckt. Sachliche Leistungen in diesem Sinn bilden das Gebiet der unkörperlichen Rechtsobjecte, welche als Gegenstände der Obligationen oder Schuldrechte in Betracht kommen: *ea in obligatione consistunt, quae pecunia lui praestarique possunt* (Ulp. in *fr. 9. § 2. D. de statu lib. 40, 7*), d. h. welche auf Geld reducirbar, in Geld zu veranschlagen sind.

Da die Grenze des Möglichen zugleich die des Wirklichen ist, so können unmögliche Handlungen nicht als Rechtsobjecte in Frage kommen, und den natürlich unmöglichen Handlungen stehen solche Handlungen gleich, welche gegen die Moral (*turpia facta*) oder öffentliche Vorschriften (*reprobata*) verstoßen: s. g. rechtlich unmögliche Handlungen (*fr. 26. 123. D. de V. O. 45, 1; l. 4. C. de inut. stip. 8, 39*).

Leistungen haben, weil sie Aeußerungen des freien Willens und Erzeugnisse inneren Entschlusses sind, an sich keinen räumlichen Bezug, also keinen bestimmten Ort, welchem sie angehörten; sie scheinen nur

der Zeit anzugehören und nach dieser bestimmbar zu seyn. Dennoch ergibt sich mittelbar eine gewisse Räumlichkeit der Leistung durch den Hinblick auf die leibliche Erscheinung der Person, aus deren Freiheitssphäre das erwartete Verhalten durch Erhebung desselben zur rechtlichen Nothwendigkeit ausgeschieden ist: da wo diese Person diese Nothwendigkeit zu verwirklichen hat, erscheint die Leistung localisirt; auf diesen Ort strebt die Obligation hin, und da hat sie ihren Sitz.[8]

§ 443] 2. Eintheilungen. Man unterscheidet a) positive und negative Leistungen, je nachdem der erwartete Erfolg durch eine positive Thätigkeit, d. h. durch ein sinnliches Eingreifen in den vorhandenen Zustand der Dinge, oder aber durch eine Unterlassung solcher Thätigkeit, zu welcher man doch befugt ist, vermittelt wird: *in faciendo aut non faciendo stipulatur, veluti fossam fodiri*, (*aut*) *per te non fieri, quominus mihi hominem Erotem habere liceat* (*Ulp. fr. 75. § 7. D. de V. O. 45, 1*).

b) einfache und zusammengesetzte Leistungen, je nachdem sie aus gleichartigen Momenten der Thätigkeit bestehen, oder in verschiedenartige Momente, welche nur durch gemeinsamen Bezug auf ein erstrebtes Ziel zur Einheit sich gestalten, auseinandergehen. Letztere bilden eine Analogie der *res connexae* (z. B. der *universitas aedificii*) und werden mit *universitas consummationis* bezeichnet (Javol. in *fr. 51. § 1. D. locati 19, 2*).*

c) theilbare und untheilbare Leistungen, je nachdem das Ziel eine Summe von Stücken, die nur in quantitativem Verhältniß zum Ganzen des Ziels stehen, enthält, oder das Ganze der Leistung sich nicht in eine Anzahl gleichwerthiger Leistungen auflösen läßt; letzternfalls werden, wenn die Leistung Mehreren zusammen obliegt, diese nicht getheilt und *pro rata*, sondern *in solidum* verpflichtet (*fr. 80. § 1. D. ad leg. Falc. 35, 2*).

d) bestimmte und unbestimmte Leistungen (*praestationes certae et incertae*), je nachdem der Inhalt von vorn herein durch den Willen der Parteien und die Umstände nach Art und Umfang völlig bestimmt ist, oder die nähere und endliche Bestimmung noch von irgend welchem Entschluß oder sonstigem Umstand, z. B. Act der Ausscheidung oder Wahl, abhängig ist,** *certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid quale quantumque sit* (*Gai. fr. 74. D. de V. O. 45, 1;* dazu *fr. 75. pr. eod.*). Das *dare* einer im Eigenthum des Gebers befindlichen Sache oder einer Summe fungibler Stücke z. B. gilt als ein *certum*, das *tradere et praestare rem habere licere* oder das *dare* einer nur gattungsmäßig bezeichneten Nichtfungibilie gilt als *incertum*.[9]

e) Die Quellen unterscheiden als Inhalt der Leistung das *dare*, *facere* und *praestare* (*fr. 3. pr. D. de O. et A. 44, 7*), und verstehen dann unter *dare* das Hingeben einer Species behufs der Eigenthumsübertragung (*fr. 75. § 10. D. de V. O. 45, 1*), unter *facere* Leistungen an-

*) s. Excurse S. 306. **) s. oben Cursus § 228 (S. 160).

derer Art, z. B. *restituere rem cum omni causa, exhibere rem*, die Tradition als bloße Besitzübertragung, und unter *praestare* (das neben dem *facere* häufig gar nicht besonders aufgeführt wird, z. B. in *fr. 89. D. eod.*) gewisse Arten des *facere*, z.B. *auctoritatem* (*i. e. evictionem*), *actionem, damnum, usuras praestare*[10].

§ **444**] III. Auch Vermögensmassen kommen als Rechtsobjecte in Betracht; die Doctrin hat dies immer schon anerkannt, aber meist nur in der unvollkommenen und manche Irrthümer bergenden Fassung, daß man von *universitates juris* neben den *universitates facti* sprach, *peculium, dos* und *hereditas* ohne Weiteres zusammenstellte und für dieselben die Regel in Anspruch nahm: *in universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei.*[11]

Nach Römischer Auffassung sind zu unterscheiden Vermögensmassen selbständiger und unselbständiger Personen: jene kommen als besondere Rechtsobjecte in Betracht, wenn Concurs oder Tod sie von dem eigentlichen Subject abtrennt und einem anderen zuführt, diese aber, sofern der Gewalthaber die Vermögenssphäre einer untergebenen Person kraft seiner *potestas* oder *manus* unter sich hat.*

Literatur: 1) Böcking Pand.-Inst. I. § 79. S. 276. Schilling Instit. II. § 66. — 2) Funke Lehre v. d. Pertinenzen (Chemnitz 1827). — 3) Rudorff Röm. Feldmesser II. S. 241 ff. — 4) Vergl. u. A. Dernburg Rechtsgutachten üb. d. Streit bez. d. Basler Festungswerke m. Rücks. a. d. Lehre v. d. öffentl. Sachen (Halle 1862) S. 10 ff. Wappaeus z. Lehre v. den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach Röm. und heut. Recht (Gött. 1867) S. 86—105. — 4) Ueber die verschiedenen in den Quellen genannten Thierarten s. Böcking Pand.-Instit. I. § 74. Anm. 5. 6. — 6) s. Mommsen Röm. Gesch. I. S. 842. 844. 848. 853. 855. — 7) Zasius *ad* § 30. *J. de action.* 4, 6; v. Savigny System VI. S. 123. — 8) Ders. VIII. S. 108; Purgold i. Arch. f. civ. Prax. Bd. 43 (1860) S. 103 ff. — 9) Böcking Pand.-Inst. I. § 89 (S. 302). — 10) Marezoll i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. X. No. 8. — 11) s. dagegen Hasse i. Arch. f. civ. Prax. V. No. 1. u. Mühlenbruch ebend. XVII. No. 12.

XI. Kapitel.

IV. Erwerb und Verlust der Rechte.

A. Allgemeines.

§ **445**] I. Erwerbs- und Verlustgründe. Die Rechtsverhältnisse (Rechte und Verbindlichkeiten) entstehen und gehen unter, oder werden erworben und verloren** immer infolge irgend welcher wirklichen Vorgänge oder Begebenheiten (Thatsachen), an welche dieses Entstehen und Untergehen als rechtlich anerkannte Wirkung geknüpft wird: demnach sind diese Vorgänge die Rechtsgründe (oder Rechtsursachen), Erwerb und Verlust der Rechte aber sind die Rechtsfolgen (oder Rechtswirkungen).

Viele dieser Vorgänge sind solche Thatsachen, welche außerhalb

---

*) Vergl. Excurse S. 305 ff. 360. 361 u. Cursus § 358, in Verbindung mit Cursus § 433 a. E.
**) s. oben Cursus § 410.

des menschlichen Willens liegen und in den Quellen oft als *casus* bezeichnet werden (*fr. 61. i. f. D. de admin. tut. 26, 7*), wir wollen sie natürliche Thatsachen nennen, als da sind: Geburt eines Menschen, Eintritt von Geistesstörung, Tod, Entstehen einer Flußinsel, Fruchtseparation, elementarer Untergang von Sachen, die im Eigenthum Jemandes sind. In allen diesen Fällen geschieht ein Erwerb oder Verlust von Rechten ohne Willen und bez. Wissen der Betheiligten, oder es ist doch dieses Wissen und Wollen dabei ganz gleichgültig; es ist da lediglich die objective Rechtsbestimmung, oder eine natürliche Consequenz, welche die betreffende Rechtsfolge an die Thatsache anknüpft, (z. B. den Erwerb eines Intestaterbrechts an das Entstehen eines Verwandtschaftsbandes, den Verlust des Eigenthums an den Untergang des Eigenthumsobjects.

In den bei Weitem meisten Fällen aber erscheinen Erwerb und Verlust von Rechten als Rechtsfolgen solcher Thatsachen, welche dem menschlichen Willen entspringen, d. h. Handlungen (bei den Neueren: *actus*, in den Quellen: *facta personae: fr. 61. i. f. D. de admin. tutor. 26, 7; fr. 61. pr. D. de acq. dom. 41, 1;* dazu *fr. 19. 58. D. de V.S.*) sind.* Wir haben oben die Handlungen betrachtet, insofern sie als Leistungen, d. h. als Objecte von Rechten gelten,** hier kommen sie in Betracht, insofern sie Gründe oder Ursachen von Rechten sind. Unter den Handlungen in diesem Sinn (s. g. juristischen Handlungen[1]) unterscheiden wir nun, ob sie zu der Rechtswirkung, die sie hervorrufen, sich gleichgültig verhalten, oder ob sie diese Rechtswirkung selbst bezwecken. Zu den Handlungen der ersteren Art gehören gewisse Handlungen, welche als Quasicontracte Rechte erzeugen, z. B. *negotiorum gestio*, sowie alle Delicte und delictsmäßigen Handlungen, denn das Delinquiren ist ein Handeln, welches (in der Person des Verletzten) Rechte hervorbringt, an welche der Delinquent nicht gedacht, oder welche er jedenfalls nicht bezweckt hat. Die Handlungen der zweiten Art heißen Rechtsgeschäfte (*negotia juris* bei den Neueren, *negotia gesta* in den Quellen genannt), weil hier ein Schaffen im wahren Sinn vorliegt, denn was durch den Handelnden hier entsteht, ist nicht etwas Zufälliges für denselben, sondern durch seinen Plan selbst gesetzt.

§ **446**] II. Erwerbs- und Verlustarten. Vom Standpunkt der einfachen und rohen Rechtsanschauung aus erscheint jedes einzelne Rechtsverhältniß insofern als isolirte Existenz, als es weder in seiner Entstehung, noch in seiner Endigung zusammenhängend und bedingt durch andere Rechtsverhältnisse gedacht wird: demgemäß gilt jeder Rechtserwerb als absolute Entstehung, jeder Rechtsverlust als absolute Endigung eines Rechts. Im ausgebildeten Verkehrsleben aber besteht das Bedürfniß, eine gewisse Continuität der Rechtsverhältnisse zur Geltung zu bringen, so daß die zusammenhängende Strömung des Güterlebens auch im Spiegel des Rechts erkennbar wird, und an die

*) s. oben Cursus § 411. **) s. oben Cursus § 443.

Stelle eines immer neuen Anfangens die Idee der juristischen Fortpflanzung[2] tritt.

Wenn dieses bestimmte Subject oder dieses bestimmte Object abgelöst wird von dem Rechtsverhältniß, so hört dieses bestimmte Rechtsverhältniß auf; insofern ist die Ablösung eine Auflösung oder Erlöschung, und wenn da etwa ein neues Rechtsverhältniß an die Stelle des aufgelösten gesetzt wird, so kann jenes streng genommen nicht als identisch mit diesem aufgefaßt werden; das neue ist immer ein anderes. Es kann aber im Interesse und bez. in der Absicht der betheiligten Personen liegen, daß die rechtliche Herrschaft über einen bestimmten Gegenstand so auf ein anderes Subject übergeht, daß das Recht dieses neuen Subjects nicht als ein absolut neues und ursprüngliches, sondern aus dem des bisherigen Subjects hervorgehendes und abgeleitetes gilt, demgemäß durch dasselbe bedingt und nach ihm zu bemessen ist. Man spricht solchenfalls häufig von einem „Uebergang" des Rechtsverhältnisses von Person zu Person, indem man das Object (das ja dasselbe bleibt) als das Wesentliche, das Subject als das Unwesentliche vorstellt;[3] allein genau und logisch ist das nicht, denn mit dem Wechsel des Subjects geht nothwendig die juristische Substanz* des Rechtsverhältnisses unter,** und nur der in ihm individualisirte Verkehrswerth oder Vermögensstoff (*causa*) ist es, welcher gerettet und übertragen werden kann; dieser aber bestimmt sich eben aus dem Recht des vormaligen Subjects, und darum ist das neue Recht als eine Fortpflanzung des alten, zwar nicht als mit diesem identisch, aber als dessen Tochterrecht anzusehen und etwa als „die bloß subjective Umwandlung eines Rechtsverhältnisses"[4] zu bezeichnen.

§ 447] Man unterscheidet hiernach ursprünglichen und abgeleiteten Rechtserwerb (*acquisitio originaria et derivativa*), je nachdem er absolute und zusammenhangslose Entstehung des fraglichen Rechts, oder aus dem Recht eines Vorgängers hervorgegangen ist. Letzternfalls ist der Rechtserwerb eine Rechtsnachfolge (*successio in locum alterius*), welche entweder die gesammte Vermögenssphäre oder nur ein einzelnes Rechtsverhältniß des bisherigen Subjectes betrifft: jene wird Universalsuccession (*successio per universitatem*), diese aber Singularsuccession genannt; *successores non solum, qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur* (Ulp. in *fr. 24. § 1. D. de damno inf. 39, 2*). Hierbei ist zu bemerken, daß „Singularsuccession" in einem weiteren Sinn verstanden werden muß, als insgemein geschieht; denn man hat darunter, wenn der richtige Gegensatz zur „Universalsuccession" gewonnen werden soll, nicht bloß die dingliche, sondern auch die obligatorische Singularsuccession (die s. g. Cession †) zu verstehen. — Der Rechtsvorgänger, von welchem in dieser Weise ein Anderer (*successor*) sein Recht ableitet, heißt diesem gegenüber *auctor juris*

*) s. Cursus § 409. **) s. Cursus § 407. †) s. unten Theil II. Kap. 29.

(*fr. 156. § 3. D. de R. J.*), und von dem derivativen Rechtserwerb selbst gilt der Satz: *nemo plus juris transferre potest, quam ipse habuit* (Ulp. in *fr. 54. eod.*) oder: *non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit* (Paul. in *fr. 175. § 1. eod.*).[*]

§ **448**] Der Idee des derivativen Rechtserwerbs entspricht die Idee des translativen Rechtsverlusts, der gleichfalls ein universeller und ein singulärer seyn kann. Er ist ein solcher Rechtsverlust, welcher für einen Anderen (den *successor*) die Bedeutung derivativen Erwerbs hat, und wird *alienatio* im engern Sinn genannt, wenn er durch ein Rechtsgeschäft des bisher Berechtigten (*auctor*) bewirkt wird (Uebertragung des Eigenthums der Emphyteusis oder der Superficies: *l. 1. C. de fundo dot. 5, 23*).

Alienatio im weitern Sinn bedeutet nicht bloß Uebertragung eines Sachenrechts, sondern jede auf des Berechtigten Willen beruhende sachliche Vermögensminderung, möge der Wille sich in positivem oder negativem Handeln äußern; sie umfaßt daher auch a) die Einräumung eines *jus in re aliena:* s. g. *alienatio constitutiva*, welche keine Succession begründet, im Gegensatz der s. g. *alienatio translativa,* d. h. der *alienatio* im engern Sinn, welche eine völlige Entäußerung enthält, indem sie dem Anderen — *successor* — das gleiche Recht gewährt; b) die Besitzübertragung mit Entäußerungsabsicht (Ulp. in *fr. 4. pr. § 2. D. de alienatione jud. mut. c. 4, 7*), und c) die Aufgebung eines Rechts durch Versäumniß, denn *videtur alienare, qui patitur usucapi* (Paul. in *fr. 28. pr. D. de V. S.*). Auf der Grenze des Alienationsbegriffs stehen die Uebertragung der Ausübung eines Nießbrauchs und die Cession; keine *alienatio* ist Ausschlagung eines Gewinns (*qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit, aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur:* Paul. in *fr. cit.*), die Preisgebung einer Sache ohne Uebertragung (*non alienat, qui dumtaxat omittit possessionem:* Ulp. in *fr. 4. cit. § 1.* und in *fr. 119. D. de R. J.*),[6] sowie irgend welche andere Verzichtleistung (*renunciatio*); unter dieser wird überhaupt jedes Aufgeben eines Rechts oder Rechtsvortheils, welches ohne Uebertragungsabsicht geschieht, verstanden, und von ihr sagt Justinian: *est regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare* (*l. 29. C. de pact. 2, 3 jct. fr. 41. D. de minor. 4, 4*).

§ **449**] III. Zeitliche Erscheinung der Thatsachen. 1. Zeitlauf. Alles Rechtsleben bewegt sich in den Grenzen der Zeitlichkeit, denn die Zeit ist eine allgemeine Form oder Modalität des Geschehens, und demgemäß hat sie nach ihren verschiedenen Bestimmungsmomenten mannichfache Bedeutung für die Rechtsverhältnisse und namentlich für deren Erwerb und Verlust. Die Zeit bietet einen doppelten Gesichtspunkt dar, a) als Zeitraum, d. h. als eine Folge un-

---

*) Ueber *titulus* (*causa remota*) und *modus acquirendi* (*causa proxima*) nach der früheren Doctrin vergl. die Pandektenvorträge (dazu Höpfner Commentar § 293; Hugo im civilist. Magazin IV. S. 137—183. Schilling Instit. II. § 93. Böcking Pand.-Inst. § 100).

unterschiedener Zeitabschnitte, welche als ausgedehnte und durch einen unangefochten dauernden Zustand oder durch ein dauerndes (positives oder negatives) Handeln ausgefüllte Einheit gedacht wird; nicht die Zeit an sich, sondern die Beharrung eines thatsächlichen Zustandes oder Handelns ist hier der eigentliche Rechtsgrund. So gewinnt schon ein nur in allgemeinen Umrissen bestimmter Zeitraum unter Umständen Bedeutung, indem gewisse Vorrichtungen (*viae vicinales* und *aggeres manufacti*) oder Nutzungen (aus öffentlichen Aquäducten) zu Gunsten der Interessenten aufrecht erhalten werden sollen, wofern sie während Menschengedenken bestehen;[6] ein solcher Bestand, *cujus memoria non extat* (Paul. in *fr. 2. D. aq. pluv. arc. 39, 3*) *s. cujus origo memoriam excessit* (Pomp. in *fr. 3. § 4. D. de aqua quot. 43, 20*), heißt Unvordenklichkeit (*vetustas*): *vetustas auctoritatem* (*tuitionem*) *dat et vicem legis tenet* (Scaev. in *fr. 26. D. aquae pluv. arc. 39, 3* und Ulp. in *fr. 1. § 23. eod.*).* Hauptsächlich aber kommen Zeiträume, die nach Anfangs- und Endpunkt genau bestimmt sind, bei Erwerb und Verlust von Rechten und bez. für deren Ausübung in Betracht: hieher gehört der Erwerb durch fortgesetzten Besitz (Ersitzung), der Verlust durch dauernde Unterlassung der Ausübung eines Rechts, z. B. eines Klagrechts (*praescriptio*), oder einer Servitut (*non usus*) oder eines sonstigen zeitweisen Rechts (z. B. Versäumniß des *spatium deliberandi*), ferner die Abhängigkeit des Rechts auf *merces*, *usurae* und *canon* vom Ablauf bestimmter Zeiten, endlich das gesetzliche Verbot gewisser Handlungen während eines Zeitraums (z. B. Trauerjahr der Wittwe) und die rechtsgeschäftliche Gestundung und Betagung von Forderungen.

b) als Zeitpunkt, dessen Bedeutung die ist, daß ein kleinster Zeitabschnitt für ein gewisses Verhalten oder Ereigniß so wesentlich ist, daß weder wenn es vorher, noch wenn es nachher geschieht, die fragliche Rechtswirkung eintritt. Zeitpunkte sind namentlich im Proceß (Termine) wichtig und können auch in Bedingungen bei Rechtsgeschäften vorkommen.

§ 450] 2. Zeitmessung. Für die richtige Bestimmung der Zeiträume und Zeitpunkte gibt der Kalender** den allgemein gültigen Maßstab, denn in ihm ist der irdische Zeitenlauf auf Grund astronomischer Beobachtung in Gemäßheit der großen weltkörperlichen Verhältniß- und Bewegungsgesetze von Sonne, Erde und Mond auf feste Maße zurückgeführt, und es gibt offenkundige und Allen zugängliche Einrichtungen, welche die Möglichkeit eines allenthalben sicheren und allezeit gleichen Anhalts gewähren. Aus jenen Naturgesetzen ergeben sich als natürliche Zeitmaße Jahr, Monat und Tag; längere oder kürzere Zeiträume, z. B. ein Lustrum, ein *internundinum* oder ein *trinundinum* (17 Tage) oder eine Stunde (*hora*), sind willkürliche Zeitmaße

---

*) Die Unvordenklichkeit (incorrect oft als *praescriptio immemorialis s. indefinita* bezeichnet) ist im antiken Recht noch kein ausgebildetes Rechtsinstitut: vergl. Pandektenvorträge.

**) s. Excurse zu diesem Kapitel No. I.

im Römischen Verkehr; die Woche (*septimana, hebdomas*) ist erst mit dem Christenthum zu den Römern gekommen.

Nach bürgerlicher Ordnung beginnt ein neues Jahr, ein neuer Monat, ein neuer Tag zu bestimmter, kalendermäßig angemerkter Zeit (Neujahr, Neumond, erste Stunde nach Mitternacht: *hora sexta noctis*): so erscheinen sie als Zeiten mit festem Anfangs- oder Endpunkt (s. g. bürgerliche oder Kalenderabschnitte). Sie können aber auch als relative Zeiten mit willkürlichem Anfangs- oder Endpunkt gebraucht werden, indem das Jahr zu 365, der Monat zu 30 Tagen[7] und der Tag zu 24 Stunden gerechnet wird (s. g. natürliche oder bewegliche Zeitabschnitte: Zeitjahre, Zeitmonate, Zeittage)

Als kleinste Zeiteinheit gilt regelmäßig im Civilrecht der Tag; Stunden kommen nur ausnahmsweise in Betracht (*fr. 2. D. de ann. leg. 33, 1; fr. 2. § 1. D. de V. S.*), und daher erscheint der Tag regelmäßig als ein untheilbarer Zeitabschnitt und gleichsam als ein Zeitpunkt. *More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur, itaque quidquid in his 24 horis, i. e. duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset* (Paul. in *fr. 8. D. de feriis 2, 12*).

§ **451**] 3. Zeitberechnung. Wenn es sich um die Berechnung eines eine Reihenfolge von Tagen umfassenden beweglichen Zeitraums, also nach s. g. Zeittagen, handelt, so scheint es nahe zu liegen, die Grenzpunkte und Bestandtheile des Zeitraums einfach so hinzunehmen, wie sie sich in Uebereinstimmung mit dem wirklichen Zeitabfluß darbieten, so daß die Berechnung in dem entscheidenden Anfangsaugenblick einsetzend die Zeit bis zum entsprechenden Augenblick des letzten Tages zusammenfaßt, und dabei die Tage in ihrer Aufeinanderfolge, mithin ohne Ausnahme, in Anschlag bringt. Zweckmäßigkeit und Billigkeit aber haben die Römer veranlaßt, dieser natürlichen Berechnungsweise eine künstliche gegenüber zu stellen.

a) Häufig wird nicht *a momento ad momentum* gerechnet (s. g. Naturalcomputation: *numeratio ad momenta temporum: fr. 6. D. de usuc. 41, 3; fr. 134. D. de V. S.*), sondern der Moment als mit dem ganzen (untheilbaren) Kalendertag identisch genommen (s. g. Civilcomputation: *numeratio ad dies s. civilis*). Hieraus ergibt sich aa) der Tag, in welchen die den Anfangspunkt des fraglichen Zeitraums bildende Thatsache fällt, wird für voll gerechnet, sollte auch diese Thatsache einem der allerletzten Augenblicke des Anfangstags angehören, *ultimum momentum pro toto die habetur;* bb) bei Berechnung des Endpunktes wird, wenn es sich um einen Rechtserwerb handelt, dieser schon im ersten Moment des anbrechenden letzten Tages der Frist zu Theil, *dies ultimus coeptus pro completo habetur* (*arg.* Ulp. in *fr. 8. D. de muner. 50, 4*); *in usucapione ita servatur, ut, etiam si minimo momento novissimi dies possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus* (Venul. in *fr. 15. pr. D. de doli exc. 44, 3*); und wenn es sich um einen Rechtsverlust durch

Versäumniß handelt, so ist, weil ja ein noch in des Tages letzten Moment fallendes Handeln eben diesem Tage als Zeiteinheit angehört, das Verstreichen des ganzen letzten Tags abzuwarten; daher *in omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem* (*Paul.* in *fr. 6. D. de O. et A. 44, 7;* dazu *fr. 5. D. qui test. fac. poss. 28, 1*).

Die Civilcomputation ist als Regel anzusehen,[8] da sie die praktischere und überall durchführbare ist, und da sie in den Quellen weit öfter vorkommt, als die Naturalcomputation, welche nur in Anwendung auf den Zeitpunkt des Majorennwerdens ausdrücklich bezeugt ist: hier soll die *hora, qua natus est* für die Frage der Restitution entscheidend seyn, so daß *a momento in momentum tempus spectetur* (*Ulp.* in *fr. 3. § 3. D. de minor. 4, 4*).

§ 452] b) Rücksichtlich der in den Zeitraum einzurechnenden Tage aber gilt die natürliche Zählung, welche keinen der hineinfallenden Tage übergeht, mithin die Frist als ein *continuum tempus* behandelt, als Regel.[9] Nur in manchen Fällen kurzer, nämlich nicht mehr als einjähriger (also nicht über 365 Tage betragender), Frist bleiben solche Tage außer Ansatz, an welchen der Interessent in Unkenntniß über den Eintritt der maßgebenden Thatsache befangen (s. g. *utile tempus ratione initii*), bez. durch äußere Hindernisse vom Handeln abgehalten war (s. g. *utile tempus ratione cursus*). In beiden Beziehungen zugleich wird die einjährige und hunderttägige Agnitionsfrist der *bonorum possessio utiliter* berechnet: *utile tempus est bonorum possessionum admittendarum; ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere; ceterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat* (Ulp. in *fr. 2. pr. D. quis ordo in poss. 38,15*). Dagegen fallen bei den Excusationsfristen der Vormünder* nur die Tage der Unkenntniß, bei den Verjährungsfristen der einjährigen *actiones* und *interdicta* nur die Tage äußerer Verhinderung aus.

Der Unkenntniß steht das Zweifeln gleich (*fr. 2. pr. D. cit. i. f.*), und da ein solches auch im Lauf der Frist neu anheben kann, so ist das „*ratione initii*" ein ungenauer Ausdruck; als Hinderniß gilt, was die *experiundi potestas* hemmt, nämlich Mangel der *facultas agendi* (z. B. weil der *reus indefensus* oder *latitans*, der *actor* selbst in Gefangenschaft ist) oder der *copia Praetoris: proinde hi dies cedunt, quibus jus Praetor reddit* (*Ulp.* in *fr. 1. D. de tempor. praescr. 44, 3*), während die Gerichtsferien** in Abzug zu bringen sind.

§ 453] IV. *Postliminium rerum.* Es gibt eine dem Römischen Recht eigenthümliche Suspension oder Spannung von Rechtsverhältnissen, welche im antiken Völkerrecht begründet dem *postliminium personarum*† vollkommen entspricht: *duae species postliminii*

---

*) s. Excurse zu Kap. 9 (des II. Theils) No. II.

**) s. oben Cursus § 344.

†) s. oben Cursus § 370. 371.

sunt, ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus (*Pomp.* in *fr. 14. D. de captiv. 49, 15*). Geriethen Objecte des Eigenthums, einer Servitut, oder der väterlichen Gewalt, oder *mancipii causa* in die Hand der Feinde, so wurde der Bestand der Rechte unterbrochen (*jus pendens*), das Object aber wurde *in pristinum jus receptum*, sobald es in die Hand der Römer zurückgelangte (*fr. 30. eod.; fr. 26. D. quib. mod. ususfr. am. 7, 4*); zum Wiedererwachen der *patria potestas* und *mancipii causa* war außerdem erforderlich, daß der aus der Gefangenschaft befreite *alieno juri subjectus* den *animus revertendi* hatte (*fr. 12. § 9; fr. 26. D. de captiv. 49, 15*). Zweifelhaft ist, ob nach altem Recht auch die *manus* an einer gefangen gewesenen und heimkehrenden Römerin wieder auflebte,[10] das freie *matrimonium* mußte nach dem Recht der Kaiserzeit neu eingegangen werden (*fr. 8. 14. § 1. D. eod.*).

Abgesehen von den freien Personen kamen als Objecte des *postliminium* in Betracht 1) gewisse Mobilien, nämlich vorzugsweise solche, welche zur kriegerischen Vervollständigung eines kampfbereiten Heers gehörten: zugerittene Rosse (*equi*) und Saumthiere (*muli*), Kriegs- und Transportschiffe (*naves longae et onerariae*), sowie Sklaven: lauter Sachen, welche weniger der persönlichen, als der Volksrüstung im Ganzen[11] dienten (*Cic. Top. 8; Fest. v. postliminium receptum;* Marcell. in *fr. 2. D. eod.*); daher war die Waffenrüstung der Einzelnen des *jus postliminii* nicht empfänglich. Die nach Beendigung des Kriegs stattfindende Ausstellung des Zurückeroberten gab Gelegenheit zur Recognition und Reception der Sachen durch die Berechtigten (*Liv. 3, 40; 5, 16; 10, 20; 35, 1*). 2) auch der Grund und Boden (*fundi, agri, areae* u. s. w.), und zwar sowohl der italische, als der Provinzialboden (*fr. 20. § 1. eod.*). Nur theilweise fällt hiernach die Classe der repristinablen Sachen zusammen mit der der *res mancipi*.

Hatten Grundstücke in sacraler Weihe gestanden, so lebte diese wieder auf: *cum loca capta sunt ab hostibus, omnia desinunt religiosa vel sacra esse; quodsi ab hac calamitate fuerint liberata, quasi quodam postliminio reversa pristino statui restituuntur* (*Pomp.* in *fr. 26. D. de relig. 11, 7*).

B. Von den Rechtsgeschäften insbesondere.

§ **454**] I. Allgemeine Voraussetzungen. Zum Daseyn (Zustandekommen) eines Rechtsgeschäfts gehört, daß der entsprechende Wille wirklich vorhanden, und daß er irgendwie erklärt ist, denn nur als Willensäußerung wird der Wille überhaupt zur (juristischen) Handlung. Ein Wille, der noch keinen Ausdruck gefunden hat, ist so wenig Rechtsgeschäft, wie eine Aeußerung, welche nicht Ausdruck eines (entsprechenden) Willens ist: Wille und Aeußerung verhalten sich wie Seele und Körper, und eine Aeußerung ohne den entsprechenden Willen ist ein φάντασμα. Hieraus folgt 1) daß eine durch unmittelbaren und überwältigenden körperlichen Zwang (*vis absoluta s. externa: majoris rei impetus, qui repelli non potest: Paul.* in *fr. 2. D. quod met.*

c. 4, 2) abgenöthigte Aeußerung nicht gilt, da eine solche unfreie Handlung gar keine Handlung des Gezwungenen, sondern mechanisches Erzeugniß einer fremden Handlung ist (*fr. 22. D. eod.*); 2) daß eine scherzweise Erklärung kein Rechtsgeschäft begründet, denn ein nicht ernstlicher Wille ist ein nicht wirklicher: *non constat obligatio, si per jocum vel demonstrandi intellectus causa dixero* (*Paul.* in *fr. 3. § 2. D. de O. et A. 44, 7*); 3) daß eine verstellte, d. h. zum Schein abgegebene Erklärung nicht das in dieser ausgedrückte Rechtsgeschäft begründet, denn ein (z. B. behufs Täuschung Dritter) simulirter Wille ist kein wirklicher: *contractus imaginarii juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate* (*Mod.* in *fr. 54. eod.*); ob das etwa in der Scheinerklärung verhüllte andere Rechtsgeschäft, z. B. eine in Form eines onerosen Geschäfts gewährte Schenkung (*venditio gratiosa, locatio nummo uno*) gültig sei, ist Frage für sich: *plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur* (*rubr. C. plus valere 4, 22; fr. 6. D. pro don. 41, 6; fr. 46. D. locati 19, 2*); 4) daß ein unfertiger, unreifer Wille nicht genügt, und eine bloß vorläufige Erklärung kein Rechtsgeschäft enthält; präparatorische Niederschriften, Anerbietungen oder Verhandlungen, die dem eigentlichen Rechtsgeschäft vorausgehen, sind noch nicht das Rechtsgeschäft selbst (*fr. 29. D. qui test. fac. poss. 28, 1*); 5) daß eine in sich selbst widersprüchliche Erklärung kein Rechtsgeschäft begründet, denn eine solche Erklärung ist gar keine Erklärung; 6) daß eine unvollständige Erklärung, z. B. nur halb ausgefertigte Urkunde, nicht genügt, denn eine solche Erklärung ist eben noch keine Erklärung (*fr. 55. D. de O. et A. 44, 7*).

§ **455**] Willensbestimmung. Der rechtsgeschäftliche Wille kann bei seiner Bestimmung (Entstehung) beeinflußt seyn durch Umstände, welche dem Willensinhalt selbst fremd sind; der Wille des Handelnden erscheint hier befangen, und das Recht hat die Aufgabe, unbilligen Consequenzen vorzubeugen, welche sich etwa aus der so beeinflußten Willensbestimmung ergeben würden. Als derartige Einflüsse kommen die Furcht und der Irrthum in Betracht.

1. Furcht (*metus*) ist diejenige Befangenheit der Seele, welche durch Vorstellung einer drohenden Gefahr erzeugt wird und die Unabhängigkeit des Entschlusses raubt: *instantis periculi causa mentis trepidatio* (*Ulp.* in *fr. 1. D. quod met. c. 4, 2*). Die Selbstbestimmung ist hier nicht ausgeschlossen, wie bei der *vis absoluta*,* und daher das Rechtsgeschäft nicht an sich nichtig (*nullum*), denn *coactus quidem volui, sed tamen volui* (*Paul.* in *fr. 21. § 5. eod.*); allein es ist, wenn die furchterregende *vis* (*interna s. compulsiva*, psychischer Zwang) eine *atrox* und also die Furcht ein *metus non vani hominis*, d. h. das drohende Uebel bedeutend (*timor mortis, vinculorum*) und die Gefahr nahe war, billig, daß das Recht dem in Furcht Gesetzten zu Hülfe kommt (*fr. 3. 6. 7. eod.*): *Ait Praetor*: *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*

*) s. den vorhergehenden § sub 1).

(*fr. 1. eod.*). Der s. g. *metus reverentialis* (*fr. 22. D. de ritu nupt. 23, 2*) kommt ebensowenig in Betracht, als die Furcht vor der obrigkeitlichen Gewalt (*vis, quam magistratus jure licito intulit: fr. 3. D. quod met. c. 4, 2*). — Dem Vergewaltiger selbst bleibt jeder Vortheil aus dem Zwange versagt, *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* (*Ulp.* in *fr. 134. D. de R. J.*), es treten etwa die Folgen der Selbsthülfe* ein, und dem Gezwungenen wird je nach Umständen durch besondere Klagen und Einreden (z. B. *actio* und *exceptio quod metus causa*), bez. auf dem Wege der *in integrum restitutio*, geholfen.

§ **456**] 2. Irrthum (*error*) d. h. diejenige Befangenheit des Geistes, welche durch einen Wahn, d. h. falsche Vorstellung von einflußreichen Umständen hervorgerufen ist. Der Irrthum wird insonderheit Unwissenheit (*ignorantia*) genannt, wenn die Annahme des Nichtseyns nicht mit der positiven Annahme eines entgegengesetzten Andersseyns verknüpft ist.[12] .Zunächst ist zu unterscheiden, ob der Irrthum durch einen Anderen herbeigeführt ist oder nicht.

Betrug (*dolus*) ist absichtliche Erweckung eines Wahns im Anderen zu dessen Nachtheil, *machinatio ad decipiendum alterum adhibita* (Serv. Sulp. und Labeo in *fr. 1. § 2. D. de dolo 4, 3; Cic. de off. 3, 14*). Der Betrüger hat immer dem Betrogenen für den Nachtheil aufzukommen, kann folglich, wenn er ihn durch den Betrug zu einem Rechtsgeschäft veranlaßt hat (*dolus causam dans?*), dieses nicht gegen ihn geltend machen, und ist umgekehrt der *doli actio* ausgesetzt. — Der s. g. *dolus bonus* (*sc. adversus hostem vel latronem machinatio: Ulp. fr. 1. § 3. eod.*) und die gewöhnliche verkehrsmäßige Uebervortheilung (*circumventio in venditione et locatione: fr. 22. § 3. D. locati 19, 2*) kommen nicht in Betracht.

Abgesehen vom Betrug ist unter den Fällen, in denen ein Irrthum hineinspielt, zu unterscheiden: a) in manchen Fällen verhindert der Irrthum, daß der wahre Wille überhaupt zum Ausdruck kommt; solchenfalls gilt das Rechtsgeschäft nicht, weil die Erklärung nicht mit dem Willen übereinstimmt; der Mangel eines wesentlichen Geschäftserfordernisses, nicht aber der Irrthum verhindert hier das Entstehen des Rechtsgeschäfts, und daher kommt auf die Art des Irrthums hierbei nichts an: zu diesem s. g. unächten Irrthum gehört der *error in persona*, *in corpore* und *in substantia* (*fr. 32. D. de O. et A. 44, 7; fr. 137. § 1. D. de V. O. 45, 1*; *fr. 9. § 2. D. de contr. emt. 18, 1*); und diesen Fällen steht der Fall gleich, da aus Mißverständniß die Willen der beiden Contrahenten nicht wirklich, sondern nur scheinbar übereinstimmen (*fr. 57. D. de O. et A. 44, 7*). Auf diesen unächten Irrthum, welcher die meisten Fälle des s. g. *error essentialis* einschließt, kann die (oft zu sehr verallgemeinerte) Regel: *errantis nulla voluntas est* (*Pomp.* in *fr. 20. D. aq. pluv. arc. 39, 3;* dazu *fr. 2. pr. de judic. 5, 1* und *fr. 116. D. de R. J.*) bezogen werden. b) In anderen Fällen da-

*) s. das folgende Kapitel (12).

gegen sind die wesentlichen Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts verwirklicht, es fragt sich aber, ob, weil ein Irrthum den Handelnden beeinflußt hat, dadurch das Rechtsgeschäft alterirt, d. h. die regelmäßige Wirkung desselben gestört werde. Als Regel ist hierüber aufzustellen, daß ein Irrthum diese Wirkung weder aufhebt, noch mindert, also an und für sich gar nicht wirkt, und Berufung auf ihn gegen den dadurch veranlaßten Nachtheil nicht schützt (*fr. 65. § 2. D. de cond. ind. 12, 6; fr. 18. § 3. fr. 38. D. de dolo 4, 3*). Nur in gewissen Fällen ist dem Irrthum eine Wirkung eingeräumt worden, so bei gewissen heimlichen Mängeln gekaufter Sachen, und bei einer vermeintlichen *causa negotii*, indem hier das Rechtsgeschäft wegen irrigen Beweggrundes durch besondere Klagen (ädilicische Klagen, Condictiones *sine causa*) angefochten werden kann; einige andere Fälle gehören dem Erbrecht an. Allein auch in allen solchen Fällen bleibt die Wirkung des Irrthums aus (*error nocet*), wenn er kein *justus ac probabilis s. tolerabilis error* war; als unentschuldbar gilt regelmäßig der *error juris* (über Sätze des geltenden Rechts) und die *ignorantia proprii facti* (eigner Handlungen und Erlebnisse), weil der Wahn hier kaum ohne erhebliche *negligentia* denkbar ist.*[13]

§ 457] II. Entstehungsgrund. Rücksichtlich dieses sind die Rechtsgeschäfte entweder einseitige Rechtsgeschäfte (*negotia unilateralia*) oder Verträge (*bilateralia!*) je nachdem die juristische Urheberschaft, d. h. das entscheidende Begründungsmoment in dem Alleinhandeln des einen Betheiligten oder in dem Zusammenwirken der gegenüberstehenden Betheiligten liegt; solches Zusammenwirken zeigt sich in der gegenseitigen Erklärung des übereinstimmenden Willens. Vertrag (*conventio, pactio, contractus***) ist somit die gegenseitig erklärte Willensübereinstimmung behufs Erzielung eines bestimmten rechtlichen Erfolgs und hiernach die Legaldefinition: „*duorum pluriumve in idem placitum consensus* (Ulp. in *fr. 1. § 2. D. de pact. 2, 14*), zu ergänzen. Ein Vertrag kommt demgemäß zu Stande (*contractum negotium, celebratus contractus*, Vertragsabschluß), wenn die beiderseitige Erklärung zu einer gemeinsamen Thatsache geworden, d. h. in das beiderseitige Bewußtseyn getreten ist, doch können gewisse Wirkungen schon an einen früheren Zeitpunkt geknüpft werden (z. B. an die einseitige Abgabe der Annahmeerklärung, welche vielleicht erst später zur Kenntniß des Proponenten gelangt); ein abgeschlossener Vertrag bindet die Betheiligten (Parteien, Contrahenten), wenn auch der bezweckte Rechtserfolg noch ungewiß (bedingt) oder hinausgeschoben seyn sollte.

Vermittlung des Abschlusses durch Unterhändler (Makler, *internuntii, proxenetae*), welche die Parteien zusammenbringen, ist nicht Theilnahme am Abschluß selbst, sondern nur Vorbereitung und Herbeifüh-

---

*) Ueber manche unklare, bez. überflüssige Eintheilungen des *dolus* (*causam dans* und *incidens — praesumtus*) und *error* (*essentialis* und *accidentalis s. concomitans*, *unilateralis* und *bilateralis — error calculi*) in der modernen Doctrin vergl. die Pandektenvorträge.

**) Ueber *contractus* im engeren Sinn (*ex jure civili*) s. unten Kap. 31 (des II. Theils).

rung desselben; der Abschluß selbst aber kann äußerlich durch Gehülfen oder Zwischenträger (*opera et nudo ministerio alicujus: Paul.* in *fr. 1. D. ad Sct. Vell. 16, 1*) vermittelt werden, indem dieselben als bloße Werkzeuge der einen Partei deren Willenserklärung der anderen (mündlich, schriftlich) übermitteln (Boten, *nuntii*), bez. zugleich — wenn es sich beim Vertrag um eine Tradition (*numeratio, restitutio*) handelt — den Traditionsact* vornehmen (Ueberbringer, *solutionis causa adjecti*).

§ 458] Stellvertretung. Es kann beim Rechtsgeschäft auch eine innere Theilnahme Dritter an der Errichtung (Abschließung) selbst stattfinden, so daß dadurch die Willenserklärung der Partei entweder ergänzt oder ersetzt wird: Tutoren** und Stellvertreter.

Vermöge universeller Repräsentation erwirbt eine *persona alieni juris* durch ihre Rechtsacte Alles unmittelbar ihrem Gewalthaber (*Gai. 2, 86—94*) und mindert auch unter gewissen Voraussetzungen das Vermögen derselben, allein es kommt dabei gar nichts auf die Absicht (*animus*) des Handelnden an (daher s. g. nothwendige Repräsentation), und solches Handeln enthält keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Typus; dieser tritt aber dann hervor, wenn der Handelnde kraft seines besonders darauf gerichteten *animus* für einen Anderen und in dessen (als der eigentlichen Partei) Namen das Rechtsgeschäft vornimmt, also die Wirkung dieses auf den Anderen bezogen wissen will. Ein solches durch die eigne Absicht des Repräsentanten bedingtes Handeln kann (abgesehen von der *negotiorum gestio*) nur auf Grund besondrer Berufung stattfinden, und man unterscheidet nach der Art der Berufung und der davon abhängigen Stellung die Repräsentation durch Organe der Körperschaften,*** durch Vormünder† und durch Privatstellvertreter (*procuratores*); die letzteren ersetzen das Handeln des durch sie Vertretenen kraft eignen Willens derselben und also in Gemäßheit vertragsmäßiger Vertreterstellung (s. g. freiwillige Repräsentation oder Stellvertretung im engern Sinn: *per extraneas personas*).

Im alten Recht galt der Satz, daß Jeder selbst handeln müsse und Niemand bei Rechtsacten durch einen Anderen (*extraneus*) vertreten werden könne; im Laufe der Zeiten aber und namentlich außerhalb des Legisactionensystems wurde für gerichtliche Acte Stellvertretung in immer freierer Weise zugelassen,†† und sie bot besonders als *procuratio in rem suam*††† ein für viele Fälle ausreichendes Mittel dar, den Erfolg eines begründeten Schuldrechts dem zuzuführen, für dessen Rechnung und in dessen Auftrag es von dem Anderen begründet worden war; daneben aber bestand noch im classischen Recht für Obligationen die Regel: *Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu origi-*

---

*) s. den folg. § a. E. **) s. oben Cursus § 420. ***) s. oben Cursus § 417. 425.
†) s. oben Cursus § 418. 420. 426. 429. ††) s. oben Cursus § 133 u. 243.
†††) s. unten Cursus Kap. 29 (des II. Theils).

nem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus (Paul. in *fr. 11. D. de O. et A. 44, 7*). Auch in Betreff des Eigenthumserwerbs blieb der noch von Gaius (2, 95) aufgestellte Satz; *per liberas s. extraneas personas nulla ex causa nobis acquiri posse*, in Geltung; indeß drängte hier zuletzt doch das Bedürfniß die Zulassung von Stellvertretern auf, und das Mittel war in dem natürlichen Wege des Besitzerwerbs gegeben: wie Jemand für einen Anderen besitzen (*alieno nomine detinere*) konnte, so ward nun auch Besitzerwerb und somit Eigenthumserwerb für einen Anderen zugelassen, vielleicht auf Anstoß des Labeo (*fr. 51. D. de acq. poss. 41, 2*); Neratius sprach aus: *per procuratorem possessionem apisci nos, jam fere convenit* (*fr. 41. D. de usurp. 41, 3*), Septim. Severus bestätigte dies selbst für den Fall des Nichtwissens des Vertretenen (*§ 5. J. per quas pers. nob. acq. 2, 9; l. 1. C. de acq. poss. 7, 32*), und Paulus (*V, 2. § 2*) faßte demnach die Theorie vom Erwerb durch freie Stellvertreter so zusammen: *per liberas personas acquiri nobis nihil potest; sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est.* Wo zum Besitzerwerb noch ein civilrechtliches Element hinzukommen mußte, um Eigenthum zu gewähren (z. B. bei *mancipatio*), konnte dieses auch jetzt noch ebensowenig, wie eine *obligatio*, durch Stellvertreter erworben werden; was von Modestin so ausgedrückt ist: *ea quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus; quod naturaliter acquirimus, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus* (*fr. 53. D. de acq. dom. 41, 1*).[14]

§ **459**] III. Form. Rücksichtlich derselben werden feierliche (förmliche) und unfeierliche (formlose!) Rechtsgeschäfte (*negotia solennia et non solennia*) unterschieden, je nachdem die Weise der Willenserklärung im Recht bestimmt vorgeschrieben oder in das freie Belieben des Handelnden gestellt ist.

Die feierliche Form kann sehr verschiedenartig, umständlich oder einfach seyn, auch die einfachste Form ist Feierlichkeit, wenn sie positiv vorgeschrieben, d. h. von ihrer Anwendung die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht ist, z. B. die in späterer Zeit einfache *verborum figura* bei der Stipulation. Einkleidung in umständlichere Feierlichkeit entspricht der sinnlichen Richtung unentwickelten Volksthums, der reger werdende Verkehr drängt immer auf Vereinfachung hin; in den Anfängen des Rechtslebens herrschen die dramatischen, später die schriftlichen Formen vor. Uebrigens sind es namentlich Rechtsgeschäfte von großer Tragweite, welche zu den feierlichen gehören, z. B. Verfügungen über die Erbfolge (letzte Willen), Freilassungen, Adoptionen. Hauptzweck der Feierlichkeit ist Bekräftigung des Rechtsgeschäfts, so daß es die betheiligten Willen fester bindet, also zur Leistung spornt und der Anfechtung vorbeugt; als Nebenzwecke können hinzukommen: Beglaubigung der Vornahme, d. h. Ausstattung

mit Beweismitteln für den Fall künftigen Rechtsstreits, und bez. Berathung und bevormundende Prüfung des Falles (*causae cognitio* u. s. w.).

Die Formen sind entweder *juris publici* (z. B. Errichtung in den Comitien oder vor Gericht oder unter Zuziehung anderer Personen mit öffentlicher Glaubwürdigkeit: eines Notars) oder *privati*. Die wichtigsten der letzteren Art sind im Römischen Recht der altnationale Geschäftsritus mit Erz und Wage und der Verpflichtungseid. Das *gerere per aes et libram*,* welches vor 5 Solennitätszeugen, einem *libripens* und *antestatus* (?) vorzunehmen war, fand auf Eigenthum, Servituten (*res mancipi*), Testamente, *manus* und *mancipii causa* (*mancipatio*), sowie auf Obligationen (*nexum* und *liberatio per aes et libram*) Anwendung. Das *jusjurandum promissorium*** konnte jedem Verpflichtungsacte beigefügt werden, und war bei der *jurata operarum promissio* eines *libertus* und gewissen Proceßcautionen (*Gai 3, 83; 4, 185*) sogar Bedingung der Gültigkeit.[15]

§ **460**] Wo die Wahl der Form in das Belieben der Handelnden gestellt ist, genügt jede ausdrückliche Erklärung, sei es durch Sprache (mündliche, schriftliche) oder Zeichen (Geste, z. B. Schütteln oder Nicken des Kopfes, Wink, *nutus: fr. 52. § 10. D. de O. et A. 44, 7*), und selbst eine stillschweigende Erklärung, wenn sie unzweideutig ist; unter letzterer wird eine in einer ganz anderen selbständigen Handlung versteckte und nur zufolge der besonderen Umstände des Falls aus ihr zu entnehmende Willenserklärung verstanden (s. g. concludente oder sprechende Handlung), z. B. *manumissio per mensam*, *pro herede gestio*, Wohnenbleiben über die Miethzeit hinaus, und unter gewissen Voraussetzungen auch bloßes Stillschweigen, nämlich wenn es als Unterlassung eines durch die Umstände nahegelegten Protestes erscheint (nur insofern ist richtig, daß *qui tacet consentit*: *fr. 142. D. de R. J.*).[16]

Der gewählte Ausdruck ist Gegenstand der Interpretation; hierbei kommt es vor Allem auf die Sprachweise des Handelnden (*mos patrisfamilias: fr. 50. § 2. D. de legat. I.*) an, und es gilt der Satz: *quilibet est verborum suorum optimus interpres* (*arg. fr. 96. D. de R. J.*); bei Verträgen trifft der Nachtheil wegen Undeutlichkeit den, welcher die geschäftliche Initiative hat, z. B. den *stipulator*, *venditor* (*interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debuisset: arg. fr. 26. D. de reb. dub. 34, 5; fr. 39. D. de pact. 2, 14*).[17]

§ **461**] IV. Inhalt. Rücksichtlich desselben lassen sich unterscheiden: 1) dingliche, obligatorische, familien- und erbrechtliche Rechtsgeschäfte; sie bezwecken Entstehung, Endigung, Uebertragung oder Veränderung eines dinglichen u. s. w. Rechts; besonders wichtig sind im Obligationenrecht die Verträge, und Paulus vergleicht jede Obligatio

---

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. II.

**) Ueber die gerichtliche und außergerichtliche Streiterledigung durch *jusjurandum* (von den Neueren im Gegensatz des *promissorium* als *assertorium* bezeichnet) vergl. oben Cursus § 252 a. E.

mit einem *contractus* (*fr. 20. D. de jud. 5, 1*), doch ist es unrichtig, die Begriffe Vertrag und Obligatio zu identificiren, denn es gibt Verträge auch außerhalb des Obligationenrechts (z. B. Servituterrichtung, Eheschließung), und Obligationen, die nicht durch Vertrag entstehen; auch ist zu unterscheiden, ob der Vertrag verpflichtend (obligatorisch im engern Sinn) oder befreiend (liberatorisch) ist, d. h. Begründung oder Auflösung einer Obligatio bezweckt.

2) Rechtsgeschäfte unter Lebenden (*negotia inter vivos*) und auf den Todesfall (*mortis causa*), je nachdem sie unabhängig oder abhängig gemacht sind von dem zeitigeren Tode der einen (verfügenden) Partei (also von dem Ueberleben der anderen). Verträge gehören fast ausschließlich zu den ersteren, denn mit Ausnahme der *donatio mortis causa* sind alle Rechtsgeschäfte der zweiten Art einseitige.

3) Entgeltliche (*negotia onerosa*) und unentgeltliche Rechtsgeschäfte (*gratuita s. lucrativa*), je nachdem sie auf Austausch von Vermögenswerthen gehen, oder nur dem einen Theil einen Vermögensvortheil zuwenden sollen (*ex mera liberalitate profecta*); jene sind immer Verträge, diese können auch einseitige Rechtsgeschäfte seyn; ist das unentgeltliche Rechtsgeschäft ein Vertrag, so heißt es Schenkung (*donatio*).*

4) Die Verträge sind entweder Haupt- oder Nebenverträge: jene sind die in sich selbst begründeten und eigene Zwecke verfolgenden, diese die auf der Voraussetzung eines anderen Vertrags beruhenden und zu dessen Ergänzung, Abänderung oder Sicherung bestimmten Verträge. Verschieden vom Nebenvertrag ist der Begriff der Nebenbestimmung,** welche nicht den Inhalt, sondern die Grenze oder Tragweite des rechtsgeschäftlichen Willens betrifft.[18]

§ 462] Bestandtheile (*elementa*, *lex contractus*) eines Rechtsgeschäfts sind die dessen Wirkungen bestimmenden Momente des Willens: sie sind 1) wesentliche (*essentialia s. substantialia negotii*), d. h. welche die inhaltliche Art des Rechtsgeschäfts überhaupt bestimmen: fehlt eines derselben, so ist das Rechtsgeschäft entweder überhaupt keines oder doch ein anderes, als das beabsichtigt scheinende, z. B. nicht Kauf, wenn die Preisbestimmung, nicht Verpfändung, wenn das Distractionsrecht, nicht Testament, wenn die Erbeinsetzung fehlt. 2) regelmäßige (*naturalia*), d. h. gewöhnliche Hinzufügungen zur eigentlichen Substanz, welche von Rechtswegen angenommen werden (*fr. 11. § 1. D. de contr. emt. 19, 1*), aber durch entgegengesetzte Willenserklärung der Handelnden ausschließbar sind; sie beruhen nicht auf bloßer Präsumtion des Privatwillens, sondern auf allgemeiner Rechtsvorschrift und greifen daher auch Platz, wenn die Handelnden gar nicht an sie gedacht haben sollten: z. B. daß das *mutuo acceptum in eadem bonitate* zu restituiren sei, die Evictionspflicht des *venditor*, in älterer Zeit die Distractionsbefugniß beim Pfand; 3) zufällige (*acci-*

---

*) s. unten Cursus § 466. **) s. den folg. §.

dentalia), d. h. die nur auf Grund positiver (sei es ausdrücklicher oder stillschweigender) Willenserklärung der Handelnden anzunehmenden und mithin auf reiner Willkür beruhenden Momente; sie betreffen gleichfalls den Willensinhalt, und heben entweder eines der Naturalien auf, oder fügen zu denselben selbständige Momente hinzu (*adjectiones, adminicula*); sie werden, sofern sie im Formular des Rechtsgeschäfts in Gestalt besonderer Sätze oder karakteristischer Wendungen auftreten, Clauseln (*clausulae*) genannt; z. B. *lex commissoria* beim Pfandvertrag, cassatorische Clausel bei Terminalgestundung, Conventionalstrafe, die Approbationsclausel (*fr. 24. pr. D. locati 19, 2*), die Feuerclausel (*fr. 9. § 3. fr. 11. § 1. D. eod.*). Oft versteht man unter Clauseln auch genauere Ausführungen einzelner Punkte des Rechtsgeschäfts ohne allen selbständigen Inhalt; sie können vielleicht einzelnen Zweifeln vorbeugen, sind aber sonst im Grunde überflüssig: so die *clausula doli mali.*

§ 463] Nebenbestimmungen. Insgemein werden auch diese zu den Accidentalien gezählt, indeß betreffen sie nicht (wie die Clauseln) den Inhalt, sondern die Grenze des rechtsgeschäftlichen Willens, indem sie als Selbstbeschränkungen des Handelnden erscheinen, welcher in gewisser Beziehung den auf den bestimmten Erfolg gerichteten Willen zurückhält und hemmt. Man könnte hiernach ungebundene (*pura negotia*[19] im weiteren Sinn) und gebundene (d. h. mit einer Modalität behaftete) Rechtsgeschäfte unterscheiden. Es ist wahrscheinlich, daß im älteren Römischen Recht solche Modalitäten wegen ihrer Künstlichkeit überhaupt nicht zugelassen wurden, und noch später konnten gewisse *actus legitimi* (*mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris: Pap.* in *fr. 77. D. de R. J.;* dazu *Vatic. fr. 48—50*), ebenso die *auctoritatis interpositio** nur *pure* vorgenommen werden. Das Römische Recht kennt folgende Nebenbestimmungen:

1) Bedingung (*conditio*), d. h. eine Bestimmung, welche den in Aussicht genommenen Rechtserfolg als theils gewollt, theils nicht gewollt erscheinen läßt, d. h. von einem zukünftigen ungewissen Umstand dergestalt abhängig macht, daß dieser darüber entscheiden soll, ob das Rechtsgeschäft überhaupt wirksam oder unwirksam sei. Verschieden davon ist die s. g. *conditio juris*, welche nicht eine freie Willensbestimmung, sondern eine begrifflich gegebene Voraussetzung des ins Auge gefaßten Erfolgs ist (*quae tacite inest negotio s. extrinsecus venit: fr. 99. D. de condit. 35, 1*), z. B. Zustandekommen der Ehe für ein Dotalversprechen. Die s. g. *conditiones necessariae, impossibiles, in praesens* und *in praeteritum collatae* sind keine Bedingungen.

Die eigentliche Bedingung (s. g. *conditio facti*) ist entweder aufschiebende (*suspensiva*) oder auflösende (*resolutiva*), je nachdem der Eintritt des bedingenden Umstandes dahin entscheidet, daß der einstweilen nicht angenommene Rechtserfolg doch vorhanden, oder der

---

*) s. oben Cursus § 420.

einstweilen angenommene Rechtserfolg doch nicht vorhanden sei; dort ist es Nachholung, hier Rückgängigmachung des Rechtserfolgs (*ex conditione* und *in conditionem: fr. 15. § 4. D. de test. mil. 29, 1*). Immer ist es aber nicht das Rechtsgeschäft selbst, sondern der Erfolg, welcher damit ins Ungewisse gestellt ist, daher ein bedingter Vertrag so gut wie ein unbedingter bindend ist, ja gerade die rechtliche Bedeutung des entscheidenden Umstandes ruht auf dem Vertrag; ein Vertrag mit Suspensivbedingung wird *perfectus contractus* genannt, wenn die Bedingung eingetreten ist.[20]

Das Stadium der Unentschiedenheit heißt *conditio pendens* (schwebende Bedingung), die kommende Entscheidung aber, je nachdem sie durch Eintritt des bedingenden Umstands, oder durch Gewißheit seines Nichteintritts herbeigeführt wird, *conditio existens* (*s. impleta*) oder *deficiens* (Eintritt — Ausfall der Bedingung). Die Bedingung aber heißt affirmative (positive) oder negative, je nachdem der bedingende Umstand in einem positiven Geschehen oder in einem Nichtgeschehen, d. h. im Unterbleiben einer möglichen Thatsache besteht. Die affirmative, wie die negative Bedingung kann suspensiv oder resolutiv seyn. Hängt die Herbeiführung des Eintritts der Bedingung vom Willen des bedingt Berechtigten selbst ab, so heißt sie *potestativa*, außerdem *casualis*, und wo solcher Wille mit einem zufälligen Umstand zusammentreffen muß, *mixta* (*l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51*).

Es liegt, da das Rechtsgeschäft die zeugende Ursache des *existente conditione* eintretenden Erfolgs ist, in der begrifflichen Consequenz der Bedingung, daß *conditio existens retrotrahitur ad initium negotii* (*fr. 11. § 1. D. qui potior. 20, 4*); weil aber diese Consequenz leicht zu Unträglichkeiten und unbilligen Verwicklungen führen kann, hat das Römische Recht sie in vielen Fällen beseitigt und behandelt dann die Bedingung so, als wenn mit ihr ein *dies a quo* verbunden wäre.

2) Zeitbestimmung (*dies*) ist zeitliche Beschränkung der Möglichkeit, ein erworbenes Recht geltend zu machen; die Schranke kann als Anfangs- oder Endtermin (*ex die* und *in diem: fr. 44. § 1. D. de O. et A. 44, 7*) gesetzt seyn: s. g. *dies a quo* und *ad quem*. Der Anfangstermin, welcher reine Zeitbestimmung ist, schiebt nicht die Entstehung, sondern nur die Geltendmachung hinaus: *Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit; ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione* (*Ulp. fr. 213. D. de V. S.*). Ein *dies incertus quando* steht unter Umständen, ein *dies incertus an* immer der Bedingung gleich (*fr. 75. 79. § 1. D. de condit. 35, 1*).

3) Zweckbestimmung (*modus*) ist Belastung eines lucrativen Rechtserwerbs mit der Auflage irgend welcher Leistung (z. B. *ut monumentum facias*). Die Selbstbeschränkung des verfügenden Willens besteht hier darin, daß die (schenkungsweise oder letztwillige) Zuwendung durch jene Belastung im Werth (indirect) gemindert erscheint. Solche

Zuwendung ist nicht abhängig von der Verwirklichung der Auflage, aber diese erzwing- und klagbar (*fr. 80. D. eod.; fr. 17. § 2. D. de manumissis test. 40, 4*) und bez. durch Caution sicher zu stellen (*fr. 40. § 5. D. de cond. 35, 1*).

§ **464**] V. Ungültigkeit (*negotium infirmatum, irritum*). Es ist zu unterscheiden, ob ein Rechtsgeschäft durch einen es selbst betreffenden Mangel *ipso jure* ungültig (*nullum s. nullius momenti*), oder ob es an sich gültig, aber anfechtbar ist, d. h. durch ein entgegenstehendes Rechtsmittel von Jemandem unwirksam gemacht (entkräftet) werden kann (*rescissibile*). Der Grund der einen oder anderen Ungültigkeit kann dem Rechtsgeschäft schon im Augenblick des Entstehens anhängen, oder erst nachher eintreten. In der Regel ist der Zeitpunkt der Entstehung maßgebend: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (*Paul. fr. 29. D. de R. J.*, auch wenn der Ungültigkeitsgrund dann wegfallen sollte), und *quae semel utiliter constituta sunt, durant, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt* (*Paul. fr. 85. eod.*), doch gibt es Ausnahmen, denn in vielen Fällen *quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur* (*Marcian. fr. 3. i. f. D. de his quae pro non scriptis 34, 8*).[21]

Ein Rechtsgeschäft, das wegen eines Mangels ungültig ist, kann zugleich die Elemente eines anderen so in sich tragen, daß dieses als *implicite* mitgewollt erscheint, zur selbständigen Existenz gelangt, und so das in erster Linie gewollte sich gewissermaßen in dieses verwandelt (s. g. *conversio negotii*): z. B. *inutilis acceptilatio utile habet pactum* (*Ulp. fr. 8. pr. D. de acc. 46, 4*).

§ **465**] VI. Einzelne Rechtsgeschäfte allgemeiner Natur: 1) einseitige: a) Protestation (Verwahrung) d. h. Erklärung zur Sicherstellung gegen nachtheilige Auslegung irgend welchen Handelns oder Verhaltens (*testatio contrariae voluntatis: Paul. fr. 16. D. de Scto Mac. 14, 6*); unwirksam ist eine *protestatio facto contraria*. b) Reservation (Vorbehalt) d. h. Erklärung, daß man einem Recht nicht entsagen wolle, welches sonst in einer Verfügung zu Gunsten eines Anderen eingeschlossen und also aufgegeben scheinen könnte, z. B. *consensus creditoris in venditione pignoris salva causa pignoris sui* (*fr. 4. D. quib. mod. pign. 20, 6*). c) Ratihabition d. h. nachträgliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zur Aufrechthaltung desselben (eines fremden, z. B. des *negotiorum gestor*, oder eines eigenen anfangs ungültigen); sie hat oft rückwirkende Kraft (*fr. 16. § 1. D. de pignor. 20, 1*).[22] d) Denunciation d. h. Ankündigung einer beabsichtigten oder vollzogenen Handlung in Fällen, wo das Recht daran gewisse Rechtswirkungen zu Gunsten des Denunciators knüpft, z. B. Anzeige des bevorstehenden Pfandverkaufs, oder der bewirkten *cessio nominis* an den Schuldner, die *operis novi nuntiatio*.

§ **466**] 2) Verträge: a) Vergleich (*transactio*) d. h. vertragsmäßige durch beiderseitiges Nachgeben bewirkte Streitbeendigung; sie

bildet das Seitenstück der gerichtlichen Entscheidung* und kann sich, wie diese, auf dingliche, obligatorische und andere Rechte beziehen (*fr. 1. D. de transact. 2, 15; l. 28. C. de transact. 2, 4*). b) Schenkung (*donatio*) d. h. vertragsmäßige, das eigne Vermögen (des *donator*) mindernde Zuwendung eines Vermögensgewinns an die andere Partei (Schenknehmer, *donatarius*), *fr. 82. D. de R. J.; fr. 55. D. de O. et A. 44, 7;* sie kann ein dingliches Recht gewähren, eine Obligatio begründen (als Schenkungsversprechen), auch in Cession, Schuldübernahme oder Schulderlaß bestehen.[23] Da sie aus *liberalitas* entspringt und auf *lucrativa causa* beruht, so bleibt sie außerhalb der wirthschaftlich fruchtbaren, durch Gegenseitigkeit und Austausch bedingten Güterbewegung und hat daher im Römischen Recht Ungunst erfahren. Schon durch eine *lex Cincia de donis ac muneribus* (des Tribunen M. Cincius Alimentus, v. J. 204 v. Chr.) waren nicht nur Schenkungen an Sachwalter verboten, sondern überhaupt Schenkungen für unverbindlich erklärt, die *supra legitimum modum* (? v. Savigny: 20,000 Sest. Klinkhamer: 1000 As; *arg. legis Corneliae* — Gai. 3, 124 — oder *legis Furiae?*) gehen, und nicht von Besitzerwerb (nach den Regeln der *interdicta retinendae possessionis*) begleitet sind (*donationes immodicae et imperfectae*); ausgenommen waren gewisse Personen (*personae exceptae: cognati* bis zum 5. bez. 6. Grad, Stief- und Schwiegereltern bez. -Kinder, Ehegatten und Verlobte, Vormund und Patron. *Ulp. 28, 7; Vatic. fr. § 266—316. In persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem (Vat. fr. § 311); exceptione Cinciae uti potest non solum ipse, sed et heres ejus, nisi forte durante voluntate decessit donator — morte Cincia removetur (Vat. fr. § 266. 259. jct. § 312)*.[24] — Durch ein noch vor der Kaiserzeit entstehendes Gewohnheitsrecht wurden Schenkungen unter Ehegatten gleichfalls für unverbindlich erklärt,** endlich dem Patron und Vater gestattet, Schenkungen an Liberti, bez. emancipirte Kinder wegen groben Undanks zu widerrufen (*Vatic. fr. § 248. 272*). — *Donationes mortis causa*, sowie *donationes remuneratoriae* und *sub modo* unterliegen besonderer Behandlung. c) Intercessio d. h. freiwillige Uebernahme einer (eine Vermögensgefahr enthaltenden) Haftung für einen Anderen, sei es durch Pfandbestellung für fremde Schuld, oder bürgschaftliche† bez. solidarische Mitverpflichtung neben dem eigentlichen Schuldner (s. g. *int. cumulativa*), oder Verpflichtung anstatt desselben (s. g. *int. privativa*, sei es anfängliche oder nachträgliche: durch s. g. Intervention — *fr. 8. § 14. D. ad Sct. Vell. 16, 1* — Defensionsübernahme — *fr. 2. § 5. eod.* — und Novation). Auf sie beziehen sich Edicte des Augustus und des Claudius, *ne feminae pro viribus suis intercederent*, und dann das *Sctum Vellejanum: quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur (fr. 2. D. eod.; Paul. S. R.*

*) s. oben Cursus § 252. **) s. unten Cursus Kap. 47 (des II. Theils).

†) Ueber die Bürgschaft (*adpromissio* und *constitutum*) s. unten Cursus Kap. 35 und 39 (des II. Theils).

II, 11); Frauen, die zufolge ihres Temperaments dem augenblicklichen Eindruck sich hinzugeben geneigt sind, sollten durch die *exceptio Scti Vellejani* gegen die Gefahren solcher Verträge gesichert werden, welche anscheinend keinen Vermögensverlust enthalten.[25]

Literatur: 1) v. Scheurl Lehrb. d. Instit. § 47. — 2) Kuntze d. Wendepunkt d. Rechtswissensch. (1856) § 91. — 3) v. Savigny System III, S. 10. 11. — 4) Derselbe S. 9. — 5) Anders versteht diese Stellen Schilling Institut. II. § 96. Anm. 0. — 6) v. Savigny IV. S. 480ff. Schelling d. Lehre v. d. unvordenklichen Zeit (Münch. 1835). Böcking Pand.-Inst. I. § 120. — 7) Ders. § 121. Anmerk. 18. — 8) Schweppe i. jurist. Magazin I. No. 9. Anders Schilling § 99. — 9) Haubold *Opusc. I.* p. 397—438. v. Savigny IV. S. 421—452. Puchta Curs. d. Inst. II. § 200. — 10) Hase d. *jus postliminii* (Halle 1851) S. 88. — 11) Einen anderen Gesichtspunkt macht Hase S. 44 geltend (mit Rücksicht auf *fr. 3. § 13. D. de re milit. 49, 16* und *fr. 2. D. de captiv. 49, 15*). — 12) Donellus *Comment. juris civilis I, 19. § 5.* v. Savigny System III. S. 111. 326. — 13) Ders. S. 114. 328. 341. 343. 355—360. 379—384. — 14) Puchta II. § 203. Schilling II § 94. — 15) Böcking I. § 106. sub 2). — 16) Schilling § 75. — 17) Ders. § 85. Böcking § 117. — 18) Ders. § 106. Anm. 8 — 19) Ueber die verschiedene Bedeutung von *purum negotium* s. Böcking § 110. Anm. 6. — 20) Kuntze i. d. sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XI. S. 214. 224. 234. — 21) Schilling § 84. v. Savigny IV. S. 536—560. — 22) Böcking § 116. — 23) v. Meyerfeld d. Lehre v. d. Schenkungen nach Röm. R. Bd. I. II. Abth. 1. (Marb. 1835. 1837). v. Savigny IV. S. 1—297. 563—601. Schilling III. S. 742. 756. 774. — 24) Ueber die *lex Cincia:* v. Savigny Verm. Schriften. I. S. 315—385, u. System IV. S. 1—288. Franke Civilist. Abhandl. (Gött. 1826) No. 1. Klinkhamer *De donat.* (Amst. 1826). Hasse im rhein. Mus. f. Jurispr. I. S. 185ff. Unterholzner *ibid.* II. S. 436ff. Bruns *Vaticana fragmenta quid conferant.* (Tub. 1838.) p. 112 sq. Puchta II. § 206. — 25) v. Scheurl § 138. Müller Inst. § 142.

Dritter Abschnitt.

Die Reactionen der Privatpersönlichkeit.

(Rechtsmittel.)

XII. Kapitel.

I. Schutzordnung und Selbsthülfe.

§ **467**] I. Es gehört zur allgemeinen Ordnung des Rechtslebens, daß die zwangsweise Durchsetzung der Rechte nicht den einzelnen Berechtigten selbst überlassen bleibt, denn das würde nicht nur den Rechtschutz sehr precär machen, sondern auch gefährliche Gelegenheit zu Mißbrauch geben; der staatlich geordnete Rechtsschutz ist ein zuverlässigerer, als der der Privatmacht des Einzelnen überlassene, und es soll durch ihn verhütet werden, daß für vermeintliche Rechte Zwangs-

mittel usurpirt, oder wirkliche Rechte durch Anwendung ungehöriger Mittel durchgesetzt werden; *non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi* (*Paul. fr. 176. D. de R. J.*). Daher pflegt das Rechtsbewußtseyn aller Völker von seiner frühesten Entwicklung an der Selbsthülfe, d. h. der eigenmächtigen (angriffsweisen) Durchsetzung behaupteter Rechte, direct und indirect entgegenzuarbeiten, sie einzuschränken und mit Strafe zu belegen. Je mehr die Staatsmacht sich präsent, d. h. allenthalben fähig und bereit zu schützen erweist, um so nachdrücklicher wird und muß sie der Selbsthülfe entgegentreten.

Von der Selbsthülfe ist die Selbstvertheidigung im engern Sinn (oder Nothwehr) zu unterscheiden, welche in der nothgedrungenen Abwehr eines widerrechtlichen Angriffs auf Person oder Vermögen besteht. Solche Abwehr kann, auch wenn sie mit Verletzung des Angreifers verbunden ist, nicht Unrecht seyn, denn wer ein Recht hat, dem darf nicht verwehrt seyn, sich in demselben zu behaupten, und der Staat kann sie schon deshalb nicht untersagen, weil er die Wiedererlangung des Verlornen nicht garantirt; *vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur* (*Ulp. fr. 1. § 27. D. de vi 43, 16;* dazu *fr. 45. § 4. D. ad leg. Aquil. 9, 2*). Doch ist dabei zu berücksichtigen: 1) das rechte Maß der abwehrenden Gewaltanwendung (*moderamen inculpatae tutelae: l. 1. C. unde vi 8, 4; cap. 18. X. de homicid. 5, 12*), denn ungebührliche Mittel der Abwehr arten in Angriff aus; 2) die rechte Grenze zwischen Nothwehr und Selbsthülfe, denn ist ein Ruhezustand eingetreten und der Angreifer im entschiedenen Besitz, so würde ein erneuerter Gewaltversuch ein Angriff seyn; *eum, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo* (*Ulp. fr. 3. § 9. D. de vi 43, 16*).

§ **468**] II. Schon nach altrömischem Recht waren Acte der Selbsthülfe nur in einzelnen bestimmten Fällen für zulässig erklärt (*manus injectio, in jus vocatio, pignoris capio*); in dem sorgfältig entwickelten System der processualen Rechtshülfe und dem Zwange des Beklagten, sich dieser zu unterwerfen, lag indirect die Idee ausgedrückt, daß der Berechtigte eben diesen und keinen willkürlichen Weg zu beschreiten habe; auch enthält das im prätorischen Recht ausgebildete System der Interdicte,[1] und namentlich das der possessorischen, sowie das *interdictum quod legatorum*, ein Verbot der Selbsthülfe und indirect selbst eine Strafbestimmung.*

Eine directe Strafe ward zuerst durch die *lex Julia de vi privata* verordnet, nämlich gegen Gläubiger, *qui vim adhibuerint debitoribus suis* (*fr. 12. § 2. D. quod met. c. 4, 2*; *fr. 8. D. ad leg. Jul. de vi pr. 48, 7*), Marc Aurel verallgemeinerte sie dann durch Verbot jeglicher eigenmächtigen (nicht gerade eine *vis* enthaltendenden) Durchsetzung eines Forderungsrechts; über dieses s. g. *Decretum divi Marci* berichtet

---

*) s. oben Cursus § 206. 209. 212.

Callistratus: *Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, D. Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba Decreti haec sunt: Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es; et quum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris* [*vel pecuniam debitam*: *fr. 13. D. quod met. c. 4, 2*] *non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere* [*vel accepisse*], *eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit* (*fr. 7. D. ad leg. Jul. 48, 7*).[2] — Erst in der christlichen Kaiserzeit kamen analoge Strafbestimmungen über eigenmächtige Durchsetzung von Besitz- und Eigenthumsansprüchen hinzu.

§ 469] III. Rechtsmittel (*remedia juris*) im weitesten Sinn sind alle im Recht anerkannten Schutz- und Sicherungsmittel, wohin Cautionen, Besitzeinweisungen und Protestationen gehören; im engsten Sinn werden darunter nur die Mittel processualer Anfechtung eines Gerichtsurtheils verstanden (Appellation, Nullitätsquerel); gewöhnlich aber begreift man darunter alle — aber auch nur die — Mittel der gerichtlichen Durchsetzung (Geltendmachung, Verfolgung) eines privatrechtlichen Anspruchs; *nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi* (*Cels. fr. 51. D. de O. et A. 44, 7;* dazu *pr. J. de action. 4, 6*). Die Organisation dieser Mittel ist der Civilproceß (*controversia, lis, judicium*); die an einem solchen gegnerisch Betheiligten heißen Proceßparteien (*partes, litigatores*).

Die Proceßrollen unterscheiden sich als die des Klägers (*actor: is qui agit, intendit, experitur, convenit*) und des Beklagten (*reus: is cum quo agitur, adversus quem experitur alter, s. unde petitur, s. qui convenitur*); Kläger ist der, welcher durch Ziehung der Streitsache vor Gericht die Initiative ergreift und danach als der angreifende Theil erscheint; Beklagter ist der, welcher dem Ersteren vor Gericht folgen muß, und hier sich gegen den Angriff zu vertheidigen hat. Nicht immer aber sind diese Rollen persönlich geschieden, vielmehr gibt es einige Klagen (*judicia duplicia s. actiones mixtae*), in denen Angriff und Vertheidigung so gemischt sind, daß jede der Parteien zugleich als Kläger und Beklagter gilt, und folglich auch der, welcher den Anstoß zum Proceß gab (*qui ad judicium provocabat: fr. 13. 14. D. de judic. 5, 1*), der Möglichkeit einer Verurtheilung ausgesetzt ist: dahin gehören die drei s. g. Theilungsklagen (*judicia divisoria*) und die *interdicta retinendae possessionis* (*fr. 37. § 1. D. de O. et A. 44, 7*); *judicium tale est, ut in eo singulae personae duplex jus habeant, agentis et ejus, quocum agitur* (*Jul. fr. 10. D. fin. reg. 10, 1;* dazu *fr. 2. § 1. D. comm. div. 10, 3*).

§ 470] Der gerichtliche Angriff, d. h. die Proceßhandlung des Klägers, heißt Klage (*actio,* zuweilen *petitio, persecutio* im weitern Sinn, oder auch *formula, querela,* oder, da die Art des Angriffs maß-

gebend für den Proceß ist, auch *judicium* schlechthin). Sie erscheint auf der Grundlage des staatlich geordneten Rechtsschutzes als eine Befugniß dessen, dem das geschützte Recht zusteht, allein sie ist nicht eine abgesonderte Befugniß, sondern ein Ausfluß des zu schützenden Rechts selbst, oder eben das wider die Störung reagirende Rechtsverhältniß.*

Die gerichtliche Gegenwehr, d. h. die Proceßhandlung des Beklagten, heißt Vertheidigung (*defensio* oder *susceptio judicii*), daher die Rolle des Beklagten für einen Anderen übernehmen: *defendere aliquem*. Sie besteht bald in einfacher und directer Bestreitung des geklagten Rechts durch Verneinung des Klaggrundes (s. g. negative Litiscontestation), bald in Entgegenhaltung eines eignen selbständig zu begründenden Anspruchs, welcher geeignet ist, des Gegners Recht (welches etwa zugegeben wird) zu entkräften (s. g. *exceptio*, Einrede im engern Sinn). Jene Verneinung kann die Behauptung, daß der Klaggrund nie entstanden (z. B. wegen Unmündigkeit), oder daß er wiederum beseitigt sei (z. B. durch Zahlung), enthalten; die Exceptio entkräftet den Klaggrund entweder auf Zeit oder für immer (*exceptio temporalis* und *perpetua*), z. B. *exceptio pacti de non petendo, compensationis*.

Der Exceptio** kann wieder eine Entgegnung des Klägers (*replicatio*), dieser wieder eine Entgegnung des Beklagten (*duplicatio*) gegenübertreten.

Literatur: 1) v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. II. S. 347. 350. 373—6 Dazu Ihering Geist d. Röm. R. I. (2. Aufl.) § 11 c. a. E. — 2) Linde i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. No. 21. Benfey im Rhein. Museum VII. No. 1. Jos. Schmitt d. Selbsthilfe im Röm. Staat. (Erlangen, 1868) S. 93 ff.

XIII. Kapitel.

II. Das Römische Klagensystem.

§ 471] I. Das Wesen der Klagen. Das Gerichtsverfahren im Fall eines Rechtsstreites über Privatrechte war bei den Römern nicht, wie unser heutiger Civilproceß, ein publicistisches Gefäß, in welchem unterschiedslos und ohne karakteristischen Ausdruck des bestrittenen Rechts, jedes solche Recht, sei es einzeln oder in Verbindung mit zusammenhängenden Rechten, aufgefangen und durchgeführt werden konnte; sondern jeder Rechtsstreit trug das Gepräge des *in litem* deducirten Rechts und gewährte so das Bild eines civilistischen Vorgangs.[1] Demgemäß ist das System des Römischen Civilprocesses ein System der Klagrechte und der Rechte selbst, und es erklärt sich hieraus, 1) daß alle geschichtlichen Entwicklungsstufen der Privatrechte sich in gewissen Klagunterschieden fixirten: dahin gehört die Unterscheidung der *actiones civiles* und *honorariae*, der *directae* (*actiones sua vi ac potestate constantes*), *utiles* und *in factum*, der *actiones stricti juris*, *bonae*

*) s. die Excurse zu Kapitel 12—14 (des II. Theils). **) s. oben Cursus § 240—242.

fidei und *arbitrariae*,* der *actiones* im engern Sinn neben den *interdicta*** und den *persecutiones s. petitiones extraordinariae*;† 2) daß die wesentlichen Artunterschiede der Privatrechte einen Gegensatz der Klagen hervorriefen, welcher durch alle Perioden des Civilprocesses ständig blieb: den Gegensatz der *actiones in personam* und *in rem*, welcher in den Quellen (*§ 1. J. de action. 4, 6*) als *omnium actionum summa divisio* bezeichnet wird.††

§ 473] a) *Actiones in personam s. personales*[2] sind Klagen aus s. g. relativen Rechten, d. h. solchen, welche nur gegen eine bestimmte Person gehen und daher nur von dieser selbst gestört werden können; hier ist die Person des Beklagten immer von vorn herein durch den Gegenstand des Rechts selbst gegeben, da dieser eben in einer Leistung der bestimmten Person besteht: dies ist der Fall bei den Obligationen, daher die Classe dieser Klagen identisch ist mit den Obligationsklagen; *in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet* (*Ulp. fr. 25. D. de O. et A. 44, 7*). Zu diesen Klagen gehören nicht bloß die Klagen aus Contractsobligationen, sondern ebenso die aus Delicts- und anderen Obligationen: *agit cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio et aliis quibusdam modis* (*§ 1. J. eod.*). b) *Actiones in rem* sind zunächst Klagen aus einem unmittelbaren Sachenrecht; da hier der Gegenstand des Rechts eine Sache ist, so ist durch das Recht selbst kein bestimmter Gegner gegeben, sondern Gegner (Beklagter) ist, wer den Berechtigten in seinem Verhältniß zur Sache stört; dies kann irgendwer seyn, und daher sagt man, daß die dingliche Klage gewissermaßen, eventuell, gegen die ganze Welt gehe; *in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet* (*Ulp. fr. 25. cit.*). Zu diesen Klagen gehört nicht bloß die Eigenthumsklage, sondern auch jede andere aus einem *jus in re* entspringende: *agit cum eo, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditae sunt actiones in rem; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; aeque si agat, jus sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est; ejusdem generis est actio de jure praediorum urbanorum* (*§ 1. 2. J. eod.*).

Es gibt aber außer den dinglichen Klagen noch andere, zu deren Wesen es gehört, daß sie nicht von vorn herein auf eine einzelne bestimmte Person beschränkt sind: aa) die *hereditatis petitio*, d. h. die zur Verfolgung des Erbrechts dienende Klage, welche gegen jeden Verletzer dieses Rechts geht, und bb) die s. g. Statusklagen (*quaestiones status s. actiones praejudiciales*) z. B. das *liberale*

---

*) s. oben Cursus § 233—237.

**) s. oben Cursus § 203—212.

†) s. oben Cursus § 351 sub II.

††) s. Excurse S. 144—6.

judicium (über Libertas), welche gleichfalls nicht auf einen bestimmten Gegner hinweisen, denn der Status einer Person kann von Verschiedenen angefochten werden, so daß der Gegner erst durch den Act der Anfechtung sich bestimmt. Auch diese Klagen werden daher zu den *in rem actiones* im weitern Sinn mitgezählt, und ist demgemäß der weitere Begriff derselben dahin festzustellen, daß er alle Klagen aus s. g. absoluten Rechten, d. h. alle Klagen, die nicht Obligationsklagen sind, begreift.

Der Ausdruck *actio* wird in den Quellen von beiden Classen der Klagen gebraucht, wie er überhaupt der allgemeinste für „Rechtsmittel" ist: *actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praejudicium ... interdicta* (*Ulp. fr. 37. D. de O. et A. 44, 7*). Aber im engern Sinn wird *actio* als das obligatorische Klagrecht verstanden, und im Unterschied davon *petitio* vorzugsweise von dinglichen Klagen, einschließlich die Erbschaftsklage, gesagt: *actionis verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio, sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur* (*Ulp. fr. 178. § 2. D. de V. S.;* dazu *Pap. fr. 28. D. de O. et A. 44, 7*); endlich kommen auch die Ausdrücke *condictio* und *vindicatio* für persönliche und dingliche Klage überhaupt vor (*Ulp. fr. 25. pr. D. eod.*), während sie sonst einen engern Sinn haben, denn *condictio* bedeutet insonderheit *actiones, quibus dari fierive intendimus* (Gai. 4, 5), also mit Ausschluß der auf *praestari* gehenden, und *vindicatio* bedeutet insonderheit die Eigenthumsklage (*rei vindicatio*), welche den *juris vindicationes* zum Muster diente. Von der *condictio* in diesem engern Sinn würden ausgeschlossen seyn die *bonae fidei* und *arbitrariae actiones*, die civilen Delictsklagen und die prätorischen *in factum actiones*, und folglich unter sie nur die dem *jus strictum* angehörigen Klagen aus Contracts- und Quasicontractsobligationen gehören. In Uebereinstimmung hiermit wurden als *condictiones ex lege* dann auch die Klagen bezeichnet, welche aus einem durch neuere *lex*, *Sctum* oder kaiserliche Constitution eingeführten Schuldverhältniß entsprangen, wofern nicht eine andere bestimmte Klage dafür aufgestellt war (*Paul. fr. un. D. de cond. ex lege 13, 2*).[3]

§ **473**] Unter den genannten Klagen sind einige, welche gewisse Besonderheiten zeigen, so daß sie einen gemischten Karakter zu haben scheinen: aa) die drei Theilungsklagen: *quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam, qualis est familiae herciscundae actio, communi dividundo, finium regundorum, in quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex aequo et bono adjudicare, et si unius pars praegravare videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare* (*§ 20. J. de action. 4, 6*). Das Klagrecht selbst anlangend, so sind diese Theilungsklagen rein persönliche (*l. 1. § 1. C. de annal. exc. 7, 40*), nämlich entspringend aus dem Gemeinschaftszustand und gerichtet gegen jeden Theilhaber auf Zulassung der Theilung und Auseinandersetzung; was von Justinian als *mixta*

*causa** bezeichnet wird, ist nur der äußere Erfolg der Klage, d. h. die Verschiedenheit der Mittel und Wege, welche durch das richterliche Urtheil für die Auseinandersetzung angeordnet werden, und zu denen auch die Adjudication gehört (daher in *fr. 1. D. fin. reg. 10, 1: actio fin. reg. pro rei vindicatione est*).

bb) Die *hereditatis petitio: etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus exacta sunt, item pretiorum* (*Ulp. fr. 25. § 18. D. de her. pet. 5, 3*), eine Eigenschaft, welche von Diocletian als *mixtae personalis actionis ratio* bezeichnet wird (*l. 7. C. de petit. her. 3, 31*), und darauf beruht, daß zufolge des *Sctum Juventianum* (unter Hadrian) der Inhaber von Erbschaftssachen vom Erben nicht bloß auf Herausgabe dieser Sachen selbst, sondern auch des etwa aus denselben gezogenen (und noch vorhandenen) Vortheils, z. B. der Verkaufssumme, bez. auf Cession der erworbenen Klage belangt werden kann (*fr. 20. § 17—21. D. eod.*); durch diese Erweiterung der Erbschaftsklage auf *praestationes personales* hat dieselbe eine über die Natur einer *in rem actio* hinausgehende Beimischung von einer „*condictio*“ erhalten.[4]

cc) Die s. g. *actiones in rem scriptae***: diesen Ausdruck hat Ulpian von der *actio quod metus causa* (in *fr. 9. § 8. D. quod m. c. 4, 2*) gebraucht, weil *in hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit; sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse; nam merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit* (*Ulp. fr. 14. § 3. D. eod.*); hiernach geht diese Klage nicht bloß gegen den Schuldigen selbst, sondern ohne Rücksicht auf Schuldantheil gegen jeden künftigen Besitzer, und hat daher, obwohl ihrem Grunde nach obligatorischer Natur, doch eine den dinglichen Klagen ähnliche Tragweite; dinglich ist sie nicht, weil Eigenthum des Klägers gar nicht in Frage kommt, und überhaupt nicht auf Grund eines dinglichen Rechts an der Sache, sondern auf Grund eines gegen den Kläger begangenen Delicts, dessen Gegenstand sie war, geklagt wird, und folglich die Klage Ausdruck einer mit der Sache von Person zu Person wandernden *causa obligationis* ist. Aehnlich geht auch die Verbindlichkeit, welche durch künstliche Veränderung des Regenwasserlaufs begründet wird, auf jeden Grundstückserwerber insoweit über, daß dieser *patientiam, ut opus tollatur, praestare debet* (*fr. 7. § 1. fr. 12. D. aquae pluv. arc. 39, 3*), und wegen eines *opus vi aut clam in solo factum* die nämliche Verbindlichkeit auf jeden neuen *possessor operis* (*fr. 15. pr. D. quod vi 43, 24*). Endlich ist auch das *interdictum quod legatorum*, welches gegen jeden Erwerber der ohne des Erben Erlaubniß occupirten Sache geht (*fr. 1. § 13. D. quod legator. 43, 3*), hierher gerechnet worden.[5]

---

*) In anderem Sinn *mixtae actiones* s. oben Cursus § 469 und unten § 474.
**) Ueber *interdicta in rem concepta* s. oben Cursus § 205 a. E.

Abgesehen von diesen besonderen Fällen ist überhaupt im Römischen Recht eine allmähliche Ausstattung der dinglichen Klagen mit persönlichen Elementen wahrnehmbar, indem sich an den Anspruch auf Wiedererlangung des Besitzes der Sache selbst allerhand obligatorische Nebenansprüche betreffs der Früchte und im Fall der Deterioration oder Vernichtung der Sache (*dolus, mala fides*) anhängten. „Die *rei vindicatio* des neuern Rechts ist ein Conglomerat verschiedener um das Eigenthum sich drehender Ansprüche, dinglicher und persönlicher, nicht sowohl eine einzelne Klage, als ein ganzer Complex von Klagen.“ [6]

§ **474**] II. Zweck der Klagen. Hiernach unterscheiden sich die vermögensrechtlichen *actiones* in: 1) *rei persecutoriae* d. h. solche, welche dem Kläger nicht eine Bereicherung verschaffen, sondern nur einen Verlust abwenden sollen: *rei persequendae gratia comparatae* (*§ 16. J. de act. 4, 6*); *illae rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest* (*Paul. fr. 35. D. de O. et A. 44, 7*). Sie heißen so mit Rücksicht auf den Kläger, von welchem sie eine Veränderung des Vermögensstandes abwehren sollen, und bilden gleichsam das Niveau des Verkehrsschutzes; zu ihnen gehören a) alle dinglichen Klagen, b) fast alle Klagen aus Contract und Quasicontract; Ausnahme ist z. B. die *actio ex deposito miserabili* (*§ 17. J. eod.*), c) einige aus Delict entspringenden Klagen, z. B. die *condictio furtiva, quae non poenam, sed rem ipsam petit* (*Ulp. fr. 7. D. de cond. furt. 13, 1*), und die *actio rerum amotarum, quae, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet* (*Paul. fr. 21. § 5. D. de act. rer. am. 25, 2*).

2) *poenales*, d. h. solche, welche die Erlegung einer Privatstrafe bezwecken: *poenae persequendae causa comparatae* (*§ 18. J. eod.*); sie heißen so mit Rücksicht auf den Beklagten, der durch sie eine Veränderung des Vermögensstandes erleiden soll. Immer kommt die Strafleistung dem Kläger selbst zu Gute; sie kann nach der Höhe desjenigen Werthes, welchen der Kläger durch die die Klage begründende Verletzung eingebüßt hat, bemessen, etwa auf das Vierfache oder Doppelte gestellt werden, z. B. bei der *actio furti manifesti* und *nec manifesti* (*§ 23. 25. J. eod.*), oder sie beträgt das Simplum einer durch arbiträre Schätzung zu bestimmenden Summe, z. B. bei der *actio injuriarum* (*Gai. 4, 8*), oder eine ein für allemal bestimmte Strafsumme, z. B. 500 *aurei* wegen muthwilliger Zerstörung oder Verletzung des *Album Praetoris* (*fr. 7. D. de jurisd. 2, 1*).

3) Viele Klagen verbinden die Zwecke der Sach- und der Strafklage in der Art, daß sie eine Classe für sich bilden und *actiones mixtae* genannt werden, *tam poenae, quam rei persequendae causa comparatae* (*§ 18. J. eod.*). Ausnahmsweise werden auch sie *poenales* genannt (z. B. von Ulp. in *fr. 2. § 27. D. vi bon. rapt. 47, 8*), wodurch sich die Bezeichnung der reinen Strafklagen als *mere poenales* rechtfertigt. Die Strafe besteht hier entweder in ein- oder mehrmaligem Zuschlag des Betrags des Erstattungswerthes, z. B. bei der *actio vi bonorum raptorum*, welche nebst dem einfachen Sachwerth auf das *triplum* des-

selben (s. jedoch Gai. 4, 8) geht, oder aber in dem Ansatz des höchsten Werthes der beschädigten oder vernichteten Sache während einiger Zeit vor der verschuldeten Handlung, z. B. bei der *actio ex lege Aquilia* während des letzten Jahres oder Monats (*§ 19. J. eod.*). In diese Classe gehören auch diejenigen Klagen, welche an sich auf das Einfache gehend durch ungebührliches Leugnen gesteigert werden (*lites, quae infitiando in duplum crescunt: Gai. 4, 9; Paul. I, 19. § 1; § 19. 26. J. eod.*),* z. B. *actio judicati* und *ex legato per damnationem.*

§ 475] In anderer Weise stehen zwischen den Sach- und Strafklagen in der Mitte solche Klagen, deren Wirkung auf die Parteien ungleichartig ist, indem sie den Vermögenszustand für den Kläger nur erhalten, für den Beklagten aber (möglicherweise) verändern: z. B. die *actio de dolo,* wenn eine Sache vernichtet worden ist, um welche der Verletzte ärmer, der Verletzer nicht reicher geworden ist (*fr. 39. 40. D. de dolo 4, 3*), oder die Interesseklage wegen erschlichener *possessio ventris nomine* (*fr. 1. D. si mulier 25, 5*). Es sind diese Klagen im Unterschied von den eigentlichen Strafklagen, welche dann als „zweiseitige Strafklagen" bezeichnet werden, „einseitige" genannt worden,[7] richtiger aber werden sie zu den Sachklagen gezählt, denn ihr eigentlicher Zweck ist nicht Strafe des Beklagten, sondern Entschädigung des Klägers, daher Ulpian von einer solchen Klage sagt: *non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio judicis continet* (*fr. 4. § 6. D. de alien. jud. mut. c. 4, 7*); doch tritt in einzelnen Punkten hervor, daß ein Delict der Grund dieser Klagen ist, sie werden daher auch als *poenales* oder *quasi poenales* bezeichnet, (*fr. 1. § 8. D. ne vis fiat 43, 4; fr. 9. § 8.* und *fr. 11. D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5*).

Einen besonderen Karakter haben diejenigen Klagen, welche wegen gekränkter Würde dem Gegner eine Leistung ansinnen, um dem Verletzten eine Genugthuung, d. h. einen materiellen Ersatz für die ideelle Einbuße zu gewähren; indem der materielle Ersatz für den Beklagten als Strafe erscheint, bergen sie zugleich ein ideelles Element, welches sich zur Ausgleichung der Einbuße eignet: s. g. *actiones vindictam spirantes.* Bei ihnen ist der eingeklagte Vermögenswerth nicht Zweck, sondern nur Mittel,[8] *non ad rem familiarem, sed magis ad ultionem pertinent* (*Jul. fr. 6. D. de sepulcro viol. 47, 12*); sie gehören daher zu den Strafklagen. Beispiele sind: die *actio injuriarum, sepulcri violati, de effusis* (*fr. 5. § 5. D. de his, qui effud. 9, 3*), die Klage gegen den Libertus wegen *in jus vocatio* (*fr. 12. D. de in jus voc. 2, 4*); ja selbst die *querela inofficiosi testamenti* wird nach Analogie dieser Classe behandelt (*injuria, indignatio, color insaniae: fr. 2. 4. 8. 22. pr. D. de inoff. test. 5, 2*).

§ 476] III. Persönliche Competenz der Klagen. In den bei Weitem meisten Fällen ist durch den Grund der Klage eine bestimmte Person gegeben, welcher die Klage ausschließlich zusteht; es

*) s. oben Cursus § 260. sub b).

entsprach aber der republikanischen Neigung der Römer, sowie ihrem Interesse an den *res publicae*, und war zugleich wegen der Mangelhaftigkeit ihrer Wohlfahrtspolizei ein Bedürfniß, daß wegen ungebührlicher, das öffentliche Interesse beeinträchtigender, Handlungen jedem Bürger freigestellt war, den Thäter auf eine Privatstrafe zu belangen. Hiernach werden unterschieden *actiones privatae* und *populares* (*s. publicae*); *eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur, s. ubi quis quasi unus ex populo agit* (*Paul. fr. 1. D. de popul. act. 47,23,* und *fr. 43. § 2. D. de procur. 3, 3*). Alle Popularklagen gehören dem prätorischen, bez. ädilicischen Recht an; Beispiele sind die *actio de albo corrupto* (*fr. 7. D. de jurisd. 2, 1*), *de effusis et dejectis* (*in duplum,* bez. *50 aurei: fr. 1. 5. § 13. D. de his qui eff. 9, 3*), sowie eine Anzahl Interdicte betreffs *res publicae*, z. B. das *interdictum prohibitorium de via publica* (*fr. 2. § 34. D. ne quid in loco publ. 43, 8*) und *ne quid in flumine publico facias* (*fr. 1. § 9. D. ne quid in fl. publ. 43, 12*).[9]

Der Ansteller einer Popularklage tritt, wenn auch formell selbständig, doch als Volksgenosse oder als Organ des Staats auf, daher 1) wer zuerst kommt, consumirt die Klage überhaupt; der entscheidende Punkt ist die Litiscontestation; 2) vor diesem Zeitpunkte kann kein Einzelner die Klagbefugniß für einen Bestandtheil seines Vermögens rechnen: *qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior* (*Paul. fr. 7. D. de popular. act. 47, 23*), *poenales actiones, exceptis popularibus, in bonis actoris non computandae sunt* (*Maec. fr. 32. D. ad leg. Falc. 35, 2*), *quodsi ex populari causa, ante litiscontestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse* (*Ulp. fr. 12. D. de V. S.*); 3) es kann kein Einzelner einen Procurator zu ihrer Geltendmachung bestellen (*fr. 5. D. de pop. act.*), und 4) es kann Niemand vorher ihretwegen sich einen Bürgen stellen lassen (*fr. 56. § 3. D. de fidej. 46, 1*). — Die Litiscontestation macht die bis dahin gleichsam dem ganzen Volke zustehende Klage zu einer persönlichen Sache des Klägers, so daß hieraus die *exceptio rei in judicium deductae* und *rei judicatae* gegen das Volk, d. h. gegen jeden späteren Kläger sich ergibt (*exceptio vulgaris*: *fr. 3. D. de pop. act.*), und von nun an gilt die Klage als Bestandtheil des Privatvermögens. — Den Erlös der Klage behält Kläger für sich, abweichend von gewissen gesetzlichen procuratorischen Klagen, mit denen auch durch jeden beliebigen Bürger eine Strafe, aber zu Gunsten des Aerars oder Fiscus, eingeklagt werden konnte: diese letzteren heißen nicht *populares*, z. B. die *ex lege Mamilia de termino* (*fr. 3. D. de term. moto 47, 23*).[10]

Häufig concurrirt mit dem öffentlichen Interesse ein besonderes Privatinteresse Einzelner (*opus in publico fit, quod ad privati damnum redundat*: *Ulp. fr. 2. § 2. D. ne quid in loco publ. 43, 8*), z. B. *si cui prospectus, si cui aditus sit deterior aut angustior* (*fr. 2. § 12. eod.*); solches Privatinteresse gewährt zwar kein besonderes Klagrecht, sondern kommt nur bei der Popularklage mit in Rücksicht, aber es hat die Bedeutung, daß der Interessent 1) im Fall einer Concurrenz mit gleichzei-

tigen Klaganstellern den Vorzug erhält (*fr. 3. § 1. D. de pop. act.*), 2) auch als Unmündiger oder Frau zur Klage zugelassen wird (*fr. 6. eod.*), und 3) einen *procurator* bestellen kann (*fr. 42. pr. fr. 45. § 1. D. de procur. 3, 3*). Sonst sind Unmündige und Frauen ebensowenig, wie *infames*, zur Klage befugt (*fr. 4. D. eod.*). — Abgesehen von dem Falle sub 1) bestimmt bei Concurrenz Mehrerer der Prätor, wer die Klage durchführen soll (*Praetor eligit idoniorem: Paul. fr. 2 eod.*).

§ 477] IV. Dauer der Klagen. 1) Verjährung.* Da Klagrechte Ausflüsse der Privatrechte selbst sind, so erlöschen sie eigentlich nur mit dem Untergang dieser Rechte selbst, d. h. die *actiones* sind *perpetuae* (*Gai. 4, 110; pr. J. de perpet. et temp. act. 4, 12*). Hiervon sind wenige Klagen des Civilrechts und namentlich die prätorischen Klagen, die nicht *rei persecutoriae* sind, ausgenommen (*fr. 35. pr. D. de O. et A. 44, 7*); zu diesen s. g. *temporales s. temporariae* gehören nämlich: a) die *status quaestiones* und die *querela inofficiosi testamenti*, die nach Verlauf von 5 Jahren erlöschen (*fr. 2. 4. D. si ingenuus 40, 14; fr. 8. § 17. D. de inoff. test. 5, 3*): „das Lustrum, also ein zweimaliger Census, sollte allen diesen Fragen ein Ende machen“;[11] b) die prätorischen *mere poenales*, die in Einem Jahre verjähren (daher speciell *actiones annales s. annuae* genannt), und die prätorischen *mixtae*, die nach Jahresfrist bloß noch auf den einfachen Sachwerth gehen; „das Motiv war der Gedanke, der Verletzte habe die persönliche Verletzung verziehen“ (*arg. fr. 17. § 6. D. de injur. 47, 10*);[12] nur die *actio furti* war der Verjährung nicht unterworfen, *cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit* (Gai. 4, 111); c) die Klagen aus dem *edictum aedilicium* wegen *vitia mercis* (2 oder 6 Monate oder 1 Jahr: *fr. 28. 38. D. de aedil. ed. 21, 1*). — Jene Regel der Unverjährbarkeit der Klagen blieb bis auf Theodos. II. (i. J. 424) bestehen.

2) Regelmäßig gilt ein Klagrecht als ein Bestandtheil des Vermögens (*fr. 49. 143. D. de V. S.*) und geht daher mit diesem auf die Erben über (*transit ad heredes:* s. g. activer Uebergang); ebenso erscheint das Vermögen des von einer Klage Bedrohten als um den entsprechenden Betrag verringert, und trifft dies ebenso die Erben des Verpflichteten (*transit in heredes:* s. g. passiver Uebergang). Ausnahmsweise aber erlischt das Klagrecht mit dem Tode des Berechtigten oder des Verpflichteten; solche Ausnahmen sind a) die *actiones vindictam spirantes* und *populares*,** welche auf die Erben des Berechtigten nicht übergehen, weil sie auf höchst persönlichen Voraussetzungen beruhen (*fr. 13. pr. D. de injur. 47, 10; fr. 4. 6. § 2. D. de inoff. test. 5, 2; fr. 7. 8. D. de pop. act. 47, 23*), mit Ausnahme der *actio sepulcri violati* (*fr. 10. D. de sep. viol. 47, 12*). b) die *actiones poenales* (einschließlich die Popularklagen) und *mixtae*, welche gegen die Erben des Schuldigen nur auf die etwaige Bereicherung derselben gehen, *sicuti poena ex de-*

---

*) Verschieden davon das Erlöschen eines angestellten Processes: s. oben Cursus § 344 a. E.
**) s. oben Cursus § 475. 476.

licto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset (*Pomp. fr. 38. D. de R. J.;* dazu *fr. 5. pr. D. de calumn. 3, 6*); dasselbe gilt von den reipersecutorischen Delictsklagen (*fr. 17. § 1. fr. 26. 27. D. de dolo malo 4, 3; fr. 44. D. de R. J.*), mit Ausnahme der *condictio furtiva,* deren passiver Uebergang unbeschränkt ist (*§ 19. J. de obl. quae ex del. 4, 1*). Ansprüche aus Verschuldungen in Vertragsverhältnissen können gegen die Erben des schuldigen Contrahenten unbeschränkt geltend gemacht werden; *in contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur* (*Ulp. fr. 157. D. de R. J.*). Dingliche Klagen endlich gehen gegen die Erben des Besitzers nur, wenn sie selbst auch Besitzer sind; sollte ihnen aber aus dem Besitzstand des Erblassers ein Vortheil zugeflossen seyn, so können sie darauf mit einer *actio in factum* in Anspruch genommen werden (*fr. 42. 52. D. de rei vind. 6, 1*).[13] —

Jede Klage erfährt dadurch, daß ihre Anstellung zur Litiscontestation führt, eine Umbildung, vermöge welcher sie unabhängig von den sub 1. und 2. genannten Umständen wird und so gleichsam den Karakter einer *actio rei persecutoria perpetua* erhält; *omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent* (*Gai. fr. 139. D. de R. J.*), *post litem contestatam perpetuatur obligatio* (*Ulp. fr. 9. § 3. D. de jurejur. 12, 2*), *poenales actiones, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur et contra heredes transeunt* (*§ 1. J. de perp. et temp. act. 4, 12*).

§ 478] V. Concurrenz der Klagen, d. h. das Zusammentreffen mehrer durch gemeinsamen Entstehungsgrund verbundenen Klagen in demselben Kläger gegenüber demselben Beklagten; die Fälle des *fr. 2. D. de priv. del.* (*47, 1*) bilden daher keine Concurrenz, da hier vielmehr *plura delicta* vorliegen. Die Concurrenz ist 1) successive, wenn die eine Klage zur Vorbereitung einer anderen (z. B. die *actio ad exhibendum: fr. 23. § 5. D. de rei vind. 6, 1*), oder zur Ergänzung des Erfolgs der vorher angestellten Klage dient (z. B. die *actio cummuni dividundo: fr. 20. § 4. D. fam. herc. 10, 2*); 2) cumulative oder copulative, wenn die mehreren Klagen neben einander und zugleich angestellt werden können: solchenfalls wird der Erfolg der einen Klage gar nicht durch die andere berührt; 3) elective oder alternative, wenn mehrere Klagen in die Wahl des Klägers gestellt sind: solchenfalls beseitigt (consumirt) Litiscontestation über die eine Klage die andere, daher *eligere quis debet, qua actione experiatur, cum scit, sibi regressum ad aliam non futurum* (*fr. 9. § 1. D. de trib. act. 14, 4*).

Cumulativ ist die Concurrenz, wo die Klagen Ausdruck mehrerer sachlich selbständiger Rechte sind; dies ist der Fall 1) wenn aus demselben Delict mehrere Poenalklagen gegeben werden: *nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit* (*Ulp. fr. 60. D. de O. et A. 44, 7*), z. B. *actio servi corrupti* und *actio furti* (*fr. 11. § 2. D. de servo corr. 11, 3*); 2) wenn neben der Poenalklage

die reipersecutorische steht: daher *neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumitur* (*Ulp. fr. 7. D. de cond. furt. 13, 1*). Dagegen ist die Concurrenz nur electiv, wenn mit der einfachen reipersecutorischen Klage eine *mixta*, oder die *condictio furtiva* concurrirt (*fr. 18. 27. § 11. D. ad leg. Aquil. 9, 2; fr. 34. § 1. D. de O. et A. 44, 7*). — Uebrigens erhellt aus *fr. 32. 34. pr. fr. 53. pr. D. eod.*, daß die Theorie der Römischen Juristen über die Grenze zwischen der electiven und cumulativen Concurrenz mannichfach geschwankt hat.[14]

§ 479] VI. Die *exceptio* ist der *actio* in gewisser Hinsicht gleichartig: 1) in processualer Hinsicht geht der excipirende Beklagte, da er ein selbständiges Recht dem des Klägers entgegensetzt, wie ein Kläger vor und nöthigt insoweit den Kläger zur Defensive, daher *agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est* (*Ulp. fr. 1. D. de except. 44, 1*); 2) in materieller Hinsicht kann die *exceptio* der Ausdruck eines Rechts seyn, das auch im Wege der Klage durchführbar ist: *cui damus actiones, eidem et exceptiones competere, multo magis quis dixerit* (*Ulp. fr. 156. D. de R. J.*); nur derartige Exceptionen sind verjährbar (*exceptiones temporales*), d. h. sie erlöschen, wenn das zugrundeliegende Recht selbst untergeht; andere Exceptionen dagegen haben keinen klagweisen Inhalt und können nur vertheidigungsweise vorkommen, z. B. die *exceptio pacti de non petendo:* bei diesen kann von einem Erlöschen durch Zeitablauf überhaupt nicht die Rede seyn, sie sind daher ihrer Natur nach *perpetuae*.

Die *exceptiones* sind entweder *personae* oder *rei cohaerentes*, je nachdem sie nur von dem, in dessen Person sie begründet sind, oder auch von anderen Interessenten geltend gemacht werden können; *exceptiones, quae personae cujusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve; sic mariti fidejussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt; ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est; igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori* (*Paul. fr. 7. D. de exc. 44, 1*).

Literatur: 1) v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. II. S. 229. Ihering Geist d. R. R. III. S. 19. — 2) Ueber *actiones in rem* und *in personam* s. Thibaut Versuche über einz. Theile d. Theorie d. Rechts II. No. 2. Feuerbach Civilist. Versuche No. 8. *Du Roi* i. Arch. f. civ. Praxis VI. No. 14. 18. — 3) v. Savigny System V. S. 503—642. v. Bethmann-Hollw. II. S. 262. 274. — 4) Puchta Curs. d. Inst. III. § 314. Anm. v. — 5) v. Keller Röm. Civilproc. § 87 a. E. — 6) Ihering Geist III. S. 176—184. — v. Savigny V. S. 38—44. Dazu Böcking Pand.-Inst. I. § 131. Anm. 27. — 8) v. Savigny II. S. 121. V. S. 60. Dazu Bechmann Röm. Dotalrecht I. S. 76—85. 192. — 9) Schmidt d. Interdictenverfahren d. Römer (1853) S. 129—136. Bruns i. d. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte III. S. 388—405. Ihering Geist I. (2. Aufl.) § 14. S. 201 ff. III. S. 337 ff. — 10) Mommsen Stadtrechte von Malaga u. Salpensa S. 463 ff. v. Keller Röm. Civilproc. § 92. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. § 46, und zum Theil abweichend Bruns *l. c.* S. 341—405, und v. Bethmann-Hollweg II. S. 185—7. 351. Mit

Letzteren stimmt unser Text. — 11) v. Bethmann-Hollw. II. S. 351. Anm. 16. — 12) Ders. S. 326. — 13) Francke Beitr. z. Erläut. einz. Rechtsmaterien S. 1—43. Marezoll in Löhr's Magazin f. Rechtswiss. IV. S. 363ff. — 14) Thibaut Civilist. Abhandl. No. 9. Schneider die allgemein subsidiären Klagen d. R. R. (Rostock 1834) S. 165—214.

XIV. Kapitel.

III. Außerordentliche Rechtshülfe.

(*In integrum restitutio.*)

§ **480**] I. Rechtliche Natur. Die *in integrum restitutio* gehört insofern zu den Rechtsmitteln, als sie nur unter staatlicher Autorität, d. h. durch richterliche Hülfe herbeizuführen ist, aber sie unterscheidet sich von den ordentlichen Rechtsmitteln (*actiones* und *exceptiones*) wesentlich 1) durch ihre Unmittelbarkeit, denn sie hilft dem Verletzten nicht dadurch, daß sie ihm ein der Rechtsverletzung entgegenwirkendes selbständiges (Klag-) Recht gewährt, sondern vielmehr die Rechtsverletzung direct beseitigt: dies erreicht sie aber, indem sie die rechtliche Thatsache, deren Folge die Rechtsverletzung war, nachträglich entkräftet, oder m. a. W. indem sie das Nichtgeschehen dieser Thatsache fingirt; 2) durch ihre Allgemeinheit, denn sie kann innerhalb des Gebiets der Vermögensinteressen[1] dazu dienen, rechtlichen Thatsachen jeglicher Art ihre Rechtskraft zu entziehen und so die frühere rechtliche Lage wieder herzustellen: sie ist daher weder auf das Gebiet der Rechtsgeschäfte, noch auf das materielle Recht beschränkt, vielmehr kann sie noch anderen Rechtsthatsachen, namentlich processualen gegenüber, erwirkt werden.*

Den Grund hat dieses außerordentliche Rechtsmittel mit vielen Klagen und Exceptionen gemein: die *aequitas*. Wenn eine Thatsache, welche in Gemäßheit der Consequenzen des ordentlichen Rechts von gewissen Rechtsfolgen begleitet ist, sich ereignet hat, und diese Rechtsfolgen eine unbillige Vermögensbeschädigung (s.g. *laesio*, d.h. *damnum* und unter Umständen auch *lucrum cessans*) enthalten, so ist der Prätor bereit, dem Beschädigten (*lapsus, captus, circumscriptus*), bez. auf Kosten des Urhebers der fraglichen Thatsache, zu Hülfe zu kommen und in den juristischen Naturlauf (corrigirend, cassirend) einzugreifen. Es rechtfertigt sich aber durch das Außerordentliche dieser Rechtshülfe, 1) daß der Prätor sich zu ihr nur bei verhältnißmäßiger Erheblichkeit des Schadens herbeiläßt: *scio, illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat* (*Callistr. fr. 4. D. de in int. rest. 4, 1; grande damnum: Ulp. fr. 49. D. de minor. 4, 4*); 2) daß er die Rechtshülfe nicht als festes Recht hinstellt, sondern sich für jeden einzelnen Fall besondere Prüfung vorbehält: *omnes in integrum restitutio-*

*) s. Excurse zu Kapitel 12—14 (des II. Theils) No. II.

nes causa cognita a Praetore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit (*Mod. fr. 3. D. de i. i. r. 4, 1*); *ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur, totum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione* (*fr. 24. § 5. D. de minor. 4, 4*); 3) daß die Wohlthat nur *intra annum utilem* nachgesucht werden kann (*fr. 1. § 1. D. ex quib. c. maj. 4, 6*), welche Frist vom Wegfall der *justa causa* an berechnet wird. — Uebrigens fällt selbstverständlich der Billigkeitsgrund hinweg, wenn der Verletzte selbst nicht ganz ohne Schuld ist: *non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis; totumque istud arbitrio Praetoris temperabitur* (*Paul. fr. 16. D. ex quib. c. major. 4, 6*); freilich kann dieser Gesichtspunkt Minorennen gegenüber nur mit großer Einschränkung gelten.

§ 481] II. Entwicklung. Solche Rechtshülfe kraft des prätorischen *imperium* mag frühzeitig und ohne bestimmte Formen gewährt worden seyn, wenn starke Gründe vorlagen; in der Folge nahm dann der Prätor gewisse darauf abzielende Verheißungen in das Edict auf, zuerst wohl mit verschiedenen Ausdrücken; so: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo* (*fr. 2. D. quod m. c. 4, 2*), oder *Quod cum minore XXV annis nato gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam* (*fr. 1. D. de min. 4, 4*), oder *Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite diminuti diminutaeve esse dicentur, in eos easve, perinde quasi id factum non sit, judicium dabo;* — erst in dem Edict wegen *absentia* erscheint die Wendung, welche nachher allgemein wird: *Si cujus quid de bonis, cum is abesset, sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur*: (*earum rerum actionem*) *in integrum restituam* (*fr. 1. D. ex quib. caus. maj. 4, 6*).

Furcht und Betrug scheinen die ältesten Restitutionsgründe zu seyn, und für sie hatte auch die Ausbildung des Actionensystems besondere Bedeutung; denn als eine *actio* (und *exceptio*) *quod metus causa* und dann auch *doli* anerkannt wurde (im 1. Jahrh. v Chr.: Cn. Octavius und Aquilius Gallus), war die Frage nahe gelegt, ob die *in integrum restitutio* oder die Klage in den Hintergrund treten müsse. Zuerst machte sich der Gesichtspunkt geltend, daß der *restitutio* wegen ihres außerordentlichen Karakters nur subsidiär Statt gegeben werden könne: *si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium* (*Ulp. fr. 16. pr. D. de minor. 4, 4*). Da nun die persönliche *actio* und *exceptio propter metum* als *in rem scripta* für die meisten Fälle völlig ausreichend war, so blieb seitdem die Restitution *propter metum* eine Seltenheit: sie konnte etwa vom Prätor noch bewilligt werden, wenn dem Verletzten daran lag, auf Wiedererlangung der abgezwungenen Sache gerade die dingliche Klage wieder zu haben (*fr. 9. § 4. 6. D. quod m. c. 4, 2*), z. B. im Fall des Concurses des Verletzers.[2] Die Fälle eines *dolus* aber anlangend, so behauptete die *restitutio* neben der *actio doli* eine größere Bedeutung, weil diese als infamirend schlechthin subsidiär seyn sollte: *merito Praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere*

debuit a Praetore decerni ... Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere (*Ulp. fr. 1. § 4. 6. D. de dolo malo 4, 3*); zwar wurde durch die *exceptio doli*, die nicht infamirte, der Restitutionsweg abgeschnitten, auch gab es Fälle, wo nicht die andere (Proceß- oder Vertrags-) Partei, sondern ein Dritter den fraglichen Betrug verübt hatte, und daher zunächst dieser mit der persönlichen *actio doli* in Anspruch zu nehmen war: und auf diese Weise erfuhr in der That das Anwendungsgebiet dieser Restitution nicht unerhebliche Einschränkungen; allein wenn der Betrüger ohne Mittel (insolvent), oder aber die andere Partei selbst der Betrüger war, bot sich nur der Ausweg der Restitution dar (*fr. 3. § 1. D. per quem factum 2, 10; fr. 33. D. de re jud. 42, 1*), dort, weil sonst der Verletzte nicht entschädigt und die andere Partei auf dessen Kosten bereichert würde, hier, indem die *in integrum restitutio* mit der infamirenden *actio* concurrirte.[3]

§ **482**] III. Restitutionsgründe. Abgesehen von der *alienatio judicii mutandi causa*, welche, vormals als Restitutions-Grund behandelt, dann in der Rechtsbestimmung von dem, *qui dolo desiit possidere* (*fr. 27. § 3. D. de rei vind. 6, 1*), unterging, und b) vom *error*, welcher, wie es scheint, außer dem Fall des *dolus*, keine umfassende Berücksichtigung im Edict fand und in den Digesten nur selten erwähnt wird (*fr. 1. § 6. D. quod falso 27, 6; fr. 1. § 14. D. de separat. 42, 6*),[4] sind aus der classischen Zeit folgende Restitutions-Gründe zu nennen:

1) *metus;* ursprünglich war im Edict daneben der *vis* ausdrücklich mit gedacht, allein dies später für überflüssig erachtet, *quia, quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur* (*fr. 1. pr. D. quod m. c. 4, 2*); nur für den Fall, daß die Gefahr nahe und das drohende Uebel bedeutend gewesen,* ist die Restitution in Aussicht gestellt (*fr. 2—9. eod.*). Im Erfolg unterscheidet sie sich von der *actio quod metus causa* (*in rem scripta*) dadurch, daß sie nicht, wie diese, zur Verurtheilung des Gegners in das Vierfache (*intra annum utilem*) führt, aber unter Umständen eine wirksame Gewähr der Entschädigung bietet.**

2) *dolus;* die Restitution ist hier durch die daneben ausgebildete *actio doli* nicht gleichermaßen entbehrlich geworden, da diese nicht *in rem scripta* und überdies streng subsidiär ist.† Die auf diese Restitution bezügliche Edictsstelle ist nicht erhalten, die *verba edicti* in *fr. 1. § 1. D. de dolo malo* (*4, 3*) gehen nur auf die *actio doli.*

3) *minor aetas;* auch wo weder *metus*, noch eigentlicher *dolus* stattgefunden hatte, aber ein Minorenner sei es durch Uebervortheilung von Anderen (*circumscriptio*), oder auch ohnedies durch eigne Unachtsamkeit einen Nachtheil erlitt, kam ihm das Edict zu Hülfe (*fr. 7. § 5. 7.; fr. 44. D. de minor. 4, 4*); selbst wenn Consens des *curator* vorlag, war Restitution nicht ausgeschlossen. Dagegen soll die Wohlthat verweigert werden, wenn der *minor* sich arglistig für großjährig ausgab

---

*) s. oben Cursus § 455. **) s. den vorherg. §. †) s. den vorhergeh. §.

(*l. 2. 3. C. si minor 2, 43*), und auch sonst wird Zurückhaltung empfohlen: *non semper ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda, ne magno incommodo hujus aetatis homines afficiantur, nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur; itaque si aut manifesta circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sunt, Praetor interponere se non debet* (*Paul. fr. 24. § 1. D. eod.*).

4) *absentia*; unter dieser Rubrik wurden die verschiedensten Fälle der Art begriffen, da Jemandem wegen seiner eigenen oder seines Gegners längerer Abwesenheit (*reipublicae causa, in hostium potestate*) oder anderer Verhinderung zu klagen ein Recht durch Usucapion oder *non usus* oder Klagenverjährung verloren gegangen war: immer handelte es sich bei dieser Restitution Majorenner um einen Verlust durch Zeitablauf, und falls die Unzugänglichkeit des Gegners der Grund der Versäumniß war, konnte Restitution in der Regel nur, wenn derselbe ohne Procurator gewesen (*indefensus*), erwartet werden (*fr. 1. § 1. D. ex quib. c. maj. 4, 6*). Neben einigen weiteren Fällen der Klagenverzögerung (*cum invitum in jus vocare non licet, aut de ea re magistratus appellatus sit, aut per magistratus actio ademta sit: fr. 1. § 1.; fr. 26. D. eod.*) war die s. g. *clausula generalis* angehängt: *item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam* (*fr. 1. pr. eod.*); demzufolge ward z. B. auch restituirt, wenn ein Wahnsinniger oder Kind oder eine Stadtgemeinde Gegner und *indefensus* war (*fr. 23. § 3. eod.*), ferner wenn nicht sowohl das vorhandene Vermögen vermindert, als der Erwerb einer Erbschaft oder eines Legats infolge einer *absentia* vereitelt war.

5) Zu einem besonderen Rechtsinstitut führte endlich das Bedürfniß, die durch eine *capitis diminutio minima*, z. B. durch *arrogatio* oder *coemtio*, bewirkte Vernichtung der Schulden, welche für die Gläubiger eine Ungerechtigkeit war, unschädlich zu machen: zu diesem Behufe verhieß der Prätor ein für allemal Restitution, wodurch den Gläubigern ihre Klagen als *ficticiae* oder *utiles* wiederhergestellt wurden (*fr. 2. § 1.; fr. 7. § 2. D. de cap. min. 4, 5*).* Diese Restitution war an keine Zeitfrist gebunden und bedeutete im Grunde eine indirecte Aufhebung jenes alten Grundsatzes des Civilrechts (*fr. 2. § 5. eod.*).

§ 483] IV. Das Verfahren geht im Wege der *praetoria cognitio* vor sich.** Je nach Umständen erledigt der Prätor die Restitution durch einfachen Ausspruch, daß der eingetretene Rechtsverlust wieder aufgehoben sei: so bei Restitution gegen Proceßversäumniß; oder es bedarf außerdem gewisser Maßregeln zur Wiederherstellung einer thatsächlichen Situation, z. B. der Rückgabe einer Waare nach Cassirung des Kaufgeschäfts: solchenfalls enthält das Decret des Prätor zugleich den Befehl an die als Gegner betheiligte Person, das Erforderliche auszuführen, z. B. an den Käufer, *fundum cum fructibus reddere et pretium recipere* (*fr. 24. § 4. D. de minor. 4, 4*).

---

*) s. oben Cursus § 384. **) s. oben Cursus § 217. 218.

Muß aber die Restitution zunächst den Erfolg haben, daß ein verloren gegangenes Rechtsmittel (*actio*, *exceptio*) wiedergewonnen werde, so bleibt es dem Restituirten überlassen, dasselbe nunmehr im gewöhnlichen Proceßwege geltend zu machen; z. B. ein *minor* hat mit Nachtheil verkauft, und ein Dritter dann die Waare erworben: hier wird jener Verkauf rescindirt und darauf hin dem *minor* die *rei vindicatio* gewährt (*fr. 13. § 1. D. eod.*). Dieses wiedererlangte Rechtsmittel hieß *judicium rescissorium s. restitutorium* (*fr. 46. § 3. D. de procur. 3, 3; fr. 28. § 5. 6. D. ex qu. caus. 4, 6*); im Gegensatz dazu wird von den Neueren das Restitutionsverfahren selbst, welches mit dem Decret abschließt, *judicium rescindens* genannt.

Literatur: 1) Burchardi Wiedereins. in den vor. Stand (Gött. 1831). v. Savigny System VII. S. 124 ff. v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. II. S. 742. — 2) v. Savigny S. 195. — 3) Derselbe S. 204—9. — 4) Ders. S. 104. 196. 212. —

ZWEITES BUCH.

Die einzelnen Arten der Privatrechte.

Erster Abschnitt.

Das Sachenrecht.

XV. Kapitel.

Einleitung. Uebersicht der dinglichen Rechte.

§ **484**] Nach einfachster Rechtsanschauung gibt es nur Eine Art dinglicher Privatrechte,* nämlich dasjenige Recht an der Sache, wodurch diese überhaupt in die Welt des (Privat-) Rechts hineinversetzt und zu einem (Privat-) Rechtsobject gestempelt wird. Dieses Recht ist das Eigenthum (*proprietas, dominium*), d. h. das Sachenrecht schlechthin. Auf der ersten Stufe der Rechtsentwicklung erschöpft es die privatrechtlichen Qualitäten oder Beziehungen der Sache, die Sache geht da nach ihrer (privat-) rechtlichen Seite völlig in der Person des Eigenthümers auf, und ist demnach dem Willen desselben in allen vom Privatrecht überhaupt anerkannten Richtungen unterworfen.

*) s. oben Cursus § 357. 430.

Auf höherer Kulturstufe entsteht das Bedürfniß, neben dem Eigenthümer auch anderen Personen an derselben Sache unmittelbares Sachenrecht einzuräumen, so daß die Sache mehrfaches Rechtsobject wird; ein solches anderes Recht an der Sache (*jus in re*), das nicht Eigenthum ist, ist weit entfernt, diesem zu widersprechen und es aufzuheben, vielmehr ruht es immer auf der Voraussetzung des Eigenthums, und wird daher Recht an fremder Sache (*jus in re aliena*) genannt.

Diese Idee ist vom Römischen Rechtsbewußtseyn zunächst im Institut der *servitus* entwickelt worden; dieselbe ist das einzige dem *jus civile* bekannte Recht an fremder Sache und kommt da in den zwei Gebilden der Prädial- und Personalservitut vor. Beiden Gebilden ist gemeinsam, daß die Sache, welche im Eigenthum ihre Aufgabe, Rechtsobject zu seyn, erfüllt, noch zu einem besonderen Dienst herangezogen wird und so gleichsam frei zu seyn aufhört (*res servit*).[1]

Die gewöhnliche Bezeichnung des Eigenthums als unbeschränkten oder ausschließlichen Rechts ist insofern ungenau, als damit die Möglichkeit der Coexistenz anderer Sachenrechte negirt würde; als vollständiges oder totales Recht könnte es wohl bezeichnet werden, aber nur insofern, als damit gegensätzlich ausgedrückt wird, daß es nicht so, wie jedes andere Sachenrecht, nur eine partielle Herrschaft, d. h. eine durch sein eigenes Wesen gegebene Begrenzung seines Inhalts hat. Es gehört nicht zum Wesen des Eigenthums, daß es ein unbeschränktes Recht sei, es ist daher nicht ein wesentlich unbeschränktes, sondern nur ein nicht wesentlich beschränktes Recht zu nennen.

Eigenthum ist hiernach die voraussetzungslose und an und für sich unbeschränkte Herrschaft des Privatwillens über eine Sache, Recht an fremder Sache aber die auf der Voraussetzung fremden Eigenthums beruhende und an und für sich beschränkte Herrschaft.

§ **485**] Der Prätor hat dann das Gebiet der Rechte an fremder Sache beträchtlich erweitert, theils indem er neue Entstehungsgründe von Servituten zur Anerkennung brachte, theils indem er ganz neue Arten dinglicher Rechte ausbildete.[2] Letzteres geschah so, daß der Prätor Klagformeln erfand, welche einen dinglichen Rechtsschutz gewährten (*actio Serviana, utilis rei vindicatio*): durch die Jurisprudenz der Kaiserzeit wurden dann die Klagrechte zu selbständigen Sachenrechten gestaltet.

So entstanden 1) das Pfandrecht (*hypotheca*), welches dadurch, daß es dem Berechtigten nicht einen selbständigen Vermögensvortheil gewährt, sondern nur einen anderen an sich schon begründeten zu wahren bestimmt ist, von den übrigen Sachenrechten sich unterscheidet, und 2) gewisse Nutzungsrechte, welche so beträchtlichen Umfangs sind, daß sie dem Eigenthum fast gleichkommen: die *emphyteusis* und *superficies*. Jenes wie diese beiden Rechte weisen auf das Gebiet der Obligationen hin, das Pfandrecht, indem es immer einer Obligatio dient,* die *emphyteusis* und die *superficies*, indem sie in ihre eigene

*) Vergl. hierüber den Excurs zu diesem Kapitel.

Complexion ein obligatorisches Element aufnehmen (*canon*, *solarium*). Auch darin haben diese drei Rechte eine gewisse Verwandtschaft, daß sie einen tieferen Eingriff in die Stellung des Eigenthümers thun, als die Servituten, denn die Ausübung des Pfandrechts kann zum Eigenthumsverlust führen, und die *emphyteusis* und *superficies*, welche *in perpetuum* begründet sind, entfremden die Sache fast ganz und von vorn herein dem Eigenthümer.

Sonach sind unter den genannten Rechten an fremder Sache nur die Servituten einfache Rechtsgebilde, völlig compatibel mit dem Eigenthum und dessen natürliche Folie. Der Begriff der Servitut hat etwas Unwandelbares an sich, wogegen das Pfandrecht von den ersten Zeiten des prätorischen Edicts bis auf die heutige Zeit manche Wandelung erfahren hat, und Emphyteuse und Superficies überhaupt mehr nur der Ausdruck gewisser Zeitbedürfnisse und Culturconstellationen sind, welche keinen allgemeinen Typus enthalten und daher vorübergehend sind.

§ **486**] Für den Begriff des Eigenthums ebenso wie des Pfandrechts ist der Unterschied der beweglichen und unbeweglichen Sachen bedeutungslos; wichtig ist er besonders für die Servituten, insofern der Begriff der Prädialservitut an Grundstücken anknüpft, und für Emphyteuse und Superficies, insofern diese nur Grundstücke zu Objecten haben können.* Hier kommt daher auch der Hauptunterschied der *praedia* in Rücksicht, indem die Prädialservituten sich unterscheiden, je nachdem sie ein *praedium rusticum* oder *urbanum* zur Voraussetzung haben, die Emphyteuse nur *praedia rustica*, und die Superficies nur *urbana* zum Object hat.

Außerdem zeichnen sich Immobilien noch dadurch aus, daß sie als Theile des Grundes und Bodens, welcher für Volk und Staat überhaupt eine fundamentale Bedeutung hat, durch besondere Verbindung mit den allgemeinen Verkehrszwecken Gegenstand verschiedenartiger und sich gleichsam ineinander schiebender Rechtsverhältnisse werden können. Dies ist der Fall bei gewissen *res publicae*,** die in erster Linie Objecte publicistischer Rechte sind, aber, insoweit dabei auch Vermögensinteressen auftauchen können, zugleich als Eigenthumsobjecte, nämlich als im Eigenthum des Staats oder der Gemeinde stehend, anerkannt werden müssen; gleichwie an den *praedia privati juris* neben dem in erster Linie wirksamen Privateigenthum ein Hoheitsrecht des Staats begründet ist und sich in einzelnen Ausflüssen geltend macht, so liegt auch dort eine Concurrenz öffentlicher und privater Rechtsqualitäten vor, nur daß umgekehrt die erstere da juristisch prävalirt und die praktisch wichtigere ist. Auf Grund der publicistischen Qualität dienen solche Sachen dem öffentlichen Verkehr, und es ist das Recht des Gebrauchs derselben ein verfassungsmäßiges Recht der Staats-, bez. Gemeindegenossen,† also ein Genossenschaftsrecht an den Sachen,[3] welches eine

*) s. oben Cursus § 438. **) s. oben Cursus § 437. †) Vergl. dazu Excurse S. 357. 358.

Analogie der privatrechtlichen Servitut zu seyn scheint; das concurrirende Eigenthum des Staats bleibt meistens im Hintergrunde und immer untergeordnet,[4] aber es entscheidet sich aus ihm, daß naturale (z. B. Obst, Heu) und civile Früchte (z. B. *solarium*), losgerissene Bäume und *ruta caesa* dem Staat, der Gemeinde gehören und bez. *ipso jure* in deren Eigenthum kommen (über die Hälfte des *thesaurus* s. *§ 39. J. de rer. div. 2, 1*); diese würden ebenso wie die *res publicae* selbst, wenn ihnen die publicistische Eigenschaft entzogen wird, ohne die Annahme eines latenten Eigenthums *res nullius* und erst durch Occupation (des Ersten Beßten!) Eigenthumsobjecte werden. — Uebrigens liegt es nahe, auch bei den *res divini juris* ein latentes Eigenthum anzunehmen, obwohl davon im Römischen Recht selbst keine Spuren zu entdecken sind.

Literatur: 1) Ihering Geist d. Röm. R. II. (2. Aufl.) § 33. S. 213 ff. — 2) Ad. Schmidt in Bekker's Jahrb. d. gem. deut. R. III. S. 249. — 3) Ihering III. S. 337. — 4) Ihering, welcher die Annahme eines fiscalen Eigenthums bekämpft, gibt doch zu: „bei *res publicae* und *religiosae* vertritt der Fiscus die Stelle des Eigenthümers" (Erwiderung auf das von Dernburg* in dem Rechtsstreit über die Basler Festungswerke abgestattete Rechtsgutachten, Basel 1862. S. 18), und „daß der Staat und die Gemeinde die öffentlichen Wege, welche sie kassiren, fortan als fiscalische Grundstücke im wirklichen Eigenthum haben" (S. 20). Nicht daß ein solches Grundstück Heu producirt (S. 15), sondern daß dies dem Fiscus und zwar *ipso jure* zufällt, beweist für die Theorie des Textes.

Erster Titel.

Das Eigenthum.

XVI. Kapitel.

I. Die rechtliche Natur des Eigenthums und Sachbesitzes.

§ 487] I. Die Begriffe des Eigenthums und Besitzes stehen im engsten Zusammenhang; in der Sprache unseres gewöhnlichen Lebens werden sie meist als gleichbedeutend gebraucht; in den Anfängen der Rechtsgeschichte ist das Eigenthum gleichsam noch im Besitz verborgen, d. h. der naive Rechtssinn vermag nur nach Merkmalen des Besitzes das Daseyn des Eigenthums zu bestimmen und lernt nur allmählich das Eigenthum in seiner reinen Idee erfassen; zu allen Zeiten erscheint es als der regelmäßige und einfache Zustand, daß wer Eigenthümer einer Sache ist, sie auch besitzt, und daß wer eine Sache besitzt, auch ihr Eigenthümer ist.

Nur infolge von Störungen oder künstlichen Gestaltungen des Ver-

*) s. oben Cursus S. 353. Literatur sub 4).

kehrs trennt sich der Besitz vom Eigenthum, aber indem er dies thut, wird er zu einer rechtlichen Thatsache von selbständiger Bedeutung; losgerissen vom Eigenthum gewinnt er einen eignen Rechtsinhalt und nöthigt durch seine praktische Schwerkraft dem Recht eine gewisse Anerkennung unabhängigen Wesens ab. Demgemäß ist der Besitz (*possessio rei*) im Römischen Recht zu einem besonderen Rechtsinstitut neben dem Eigenthum ausgebildet worden, *separata esse debet possessio a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor non sit; fieri potest, ut et possessor idem sit et dominus* (*Ulp. fr. 1. § 2. D. uti poss. 43, 17*). Ihrem Begriff nach sind Eigenthum und Besitz Zweierlei, *nihil commune habet proprietas cum possessione* (*Ulp. fr. 12. § 1. D. de acq. poss. 41, 2*).

Wie jedes Rechtsverhältniß von seiner innern Rechtssubstanz aus eine Form zu gewinnen, d. h. in einem entsprechenden äußeren Zustand Ausdruck zu finden und an sinnlichen Momenten anzuknüpfen sucht,* so auch das Eigenthum: diese an der äußeren Welt anknüpfende und die Umrißlinien ziehende Form des Eigenthums ist der Sachbesitz. Die *possessio* verhält sich zur *proprietas*, wie der Körper zur Seele: beide stehen in genetischem, organischem Zusammenhang, das Eigenthum entsteht durch das Medium des Besitzes, dieser ist das Organ jenes, aber wie die Seele auch geschieden werden kann vom Körper, ohne daß dieser sofort zerfällt, und wie die Seele oft dem Körper gänzlich entwichen scheint und dann die Verbindung mit dem erstarrten Körper wieder aufnimmt: so können auch Besitz und Eigenthum in den Wandelungen des Verkehrs Störungen, Trennungen und Wiedervereinigungen erleben.

Der Besitz in diesem Sinn ist nicht etwas dem Eigenthum ausschließlich Zukommendes, sondern findet sich auch bei dinglichen Rechten an fremder Sache, namentlich bei den Servituten (als *quasi possessio*), ausgebildet.**

§ 188] II. Eigenthum wird in den Quellen gewöhnlich *dominium* genannt, doch kommt dieses Wort auch in einem weiteren Sinn zur Bezeichnung jeder herrschaftlichen Stellung in der Sphäre des Privatrechts vor (*Ulp.* in *fr. 1. § 7. D. de Scto Silan. 29, 5* und *fr. 195. § 2. D. de V. S.*), bei Obligationen wird *dominus negotii* (im Gegensatz zum *mandatarius* oder *negotiorum gestor*), im Proceß *dominus litis* (im Gegensatz des *cognitor*, bez. *procurator*) gesagt, und nicht selten, um das Eigenthum zu bezeichnen, die Wendung: *dominus proprietatis* gebraucht; letzteres ist eine Häufung, sofern sonst *proprietas* gleichbedeutend mit *dominium* ist, es wird aber *proprietas* vorgezogen, wenn vom Eigenthum im Unterschied vom Besitz (*fr. 12. § 1. fr. 52. D. de acq. poss. 41, 2*) oder im Gegensatz vom *ususfructus* (*fr. 1. § 1. D. de Scto Sil. 29, 5*) die Rede ist.

Der Begriff des Eigenthums ist unabhängig vom Besitz sowohl, als

---

*) s. oben Cursus § 409.

**) Vergl. den Excurs zu diesem Kapitel.

vom wirthschaftlichen Werth der Sache (*causa rei*) zu bestimmen, denn die rechtliche Substanz hat nichts Wesentliches mit sinnlichen Elementen gemein; das Eigenthum ist, wie jedes Rechtsverhältniß, an sich eine ideale Macht. Die ideale Macht über eine Sache aber zeigt sich in der Herrschaft des Willens über die (privat-) rechtlichen Qualitäten derselben, und diese Herrschaft kann sich in doppelter Richtung äußern, 1) positiv, indem der Eigenthümer das Eigenthum der Sache einem Anderen gewährt d. h. einen Rechtsnachfolger an seine Stelle setzt, oder indem er an seiner Sache einem Anderen ein dingliches Recht neben dem Eigenthum einräumt, oder indem er, um sich in seinem Eigenthum zu behaupten, Andere, welche sich in thatsächlichen Widerspruch setzen, zur thatsächlichen Anerkennung nöthigt, und 2) negativ, indem er der Sache die Qualität als Rechtsobject nimmt (Dereliction). Alles das läßt sich in dem Gedanken zusammenfassen: Eigenthümer einer Sache ist, wer die Macht hat, das rechtliche Schicksal derselben zu bestimmen.

Diese Macht würde aber nicht ausgeübt werden können, wenn dem Eigenthümer der Besitz auf die Dauer entzogen wäre: daher ist es ein praktisches Bedürfniß und die normale Sachlage, daß der Besitz in Begleitung des Eigenthums ist; die *possessio rei* gehört nicht zum Begriff des Eigenthums, aber hat ihm als Organ zu dienen. Sodann würde das Eigenthum werthlos seyn, wenn der Eigenthümer keinen wirthschaftlichen Gewinn aus der Sache ziehen könnte (*fr. 3. § 2. D. de usufr. 7,1*), nur durch solche Möglichkeit rechtfertigt sich die Verkehrsbedeutung des Eigenthums; die *causa rei* gehört nicht zum Begriff des Eigenthums, aber darf nicht auf die Dauer ganz getrennt seyn vom Eigenthum oder muß wenigstens, wie bei der Emphyteusis, durch ein künstliches Surrogat ersetzt werden. Nur in diesem Sinn mag gesagt werden, dem Eigenthümer stehe die Befugniß zu, die Sache in körperlicher Beziehung beliebig zu behandeln, nämlich sie zu gebrauchen, zu benutzen, räumlich zu versetzen, zu verändern, theilweise oder ganz zu vernichten. Das Eigenthum selbst besteht seiner rechtlichen Substanz nach so wenig in der *causa rei*, als in der *possessio rei*.[1]

§ **489**] III. Durch den Besitz gewinnt das Eigenthum Beziehung zu den natürlichen Qualitäten des Eigenthumsobjects, indem der Besitzwille das körperliche Daseyn desselben erfaßt, ***possessio plurimum facti habet*** (*Pap. fr. 19. D. ex qu. caus. maj. 4, 6*); Besitzwillen im wahren Sinn aber hat derjenige, welcher die Sache so auf sich bezieht, daß er keines Anderen Befugniß, auf die Sache körperlich einzuwirken, anerkennt, m. a. W. welcher die Sache als in seinem Willen aufgehend betrachtet, als seine eigene behandelt. Einen solchen ***animus rem sibi habendi*** oder Aneignungswillen sollte nur der Eigenthümer haben, dessen rechtliche Macht allein ja jenem Verhalten entspricht, und darum ist dieser Wille auch als ***animus domini*** (*ψυχὴ δεσπόζοντος*: *Theoph. ad § 2. J. quib. mod. toll. obl. 3, 29*) bezeichnet worden, allein erfahrungsmäßig findet er sich nicht selten in der Person eines Nicht-

eigenthümers, denn 1) auch wer sich irrthümlich für den Eigenthümer hält (redlicher Besitzer), und 2) sogar der Räuber, Dieb oder treulose Finder, welcher sich die Sache aneignet (unredlicher Besitzer), hat denselben Willen dauernder physischer Sachbeherrschung, wie ein Eigenthümer; für den Besitz ist an sich die *opinio dominii* (die Ueberzeugung Eigenthümer zu seyn) gleichgültig; *justa, an injusta possessio sit*, (*in hoc interdicto*) *nihil refert* (*Paul. fr. 2. D. uti poss. 43, 17*). So hat der Besitz ein weiteres Gebiet als das Eigenthum, allein es liegt in der Analogie des Willens des Besitzers mit dem des Eigenthümers begründet, daß nur, wer an sich fähig ist, Eigenthümer zu seyn, auch besitzen kann, daher z. B. ein Gewaltuntergebener *habere possidere non potest* (*Pap. fr. 49. D. de acq. poss. 41, 2*), und daß ein *locus sacer* nicht Besitzobject seyn kann (*fr. 30. § 1. D. eod.*): mit Rücksicht hierauf sagt Papinian (in *fr. 49. cit.*): *possessio non tantum corporis, sed et juris est.*

Der Besitzwille wird zum Besitzstand, indem er sich der Sache gegenüber äußerlich durchsetzt und so gleichsam in der Außenwelt markirt oder verkörpert: dieses Element heißt *corpus possessionis* und wird von Labeo so geschildert: *possessio appellata est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt* (*fr. 1. D. eod.*); wo der Besitzwille sich in dieser Weise nicht verkörpern, d. h. nicht verwirklichen kann, bleibt er ein subjectives Spiel der Seele. Doch ist nicht gefordert, daß er sich in jedem Augenblick körperlich bethätige, ja es verträgt der einmal begründete Besitz sogar vorübergehende Hemmungen der Möglichkeit solcher Bethätigung.

§ **490**] Das körperliche Element des Besitzes kann in der Person des Besitzers unmittelbar verwirklicht, oder auch durch das Verhalten einer anderen Person vermittelt seyn: wir wollen jenes als Eigenbesitz, dieses als Fremdbesitz bezeichnen. Der Eigenbesitz ist das einfachere und kunstlose Verhältniß, daher von ihm auszugehen ist, um zu einem Verständniß des anderen zu gelangen[2]: er ist die Vereinigung des *animus* und *corpus possessionis* in derselben Person, oder ein Zustand äußerer Sachbeherrschung, welchem der innere Wille entspricht.

Der Fremdbesitz ist Folge von Verkehrsverwicklungen und zeigt eine Trennung des natürlich Zusammengehörigen, denn er ist ein Zustand dessen, welcher das *corpus* ohne den *animus possessionis* hat, und hat zur nothwendigen Voraussetzung das Besitzverhältniß eines Anderen; der Fremdbesitz des Einen kann ohne Eigenbesitz eines Anderen gar nicht gedacht werden und ist daher ein Zustand ganz besonderer künstlicher Art. Der Fremdbesitzer steht gleichfalls in einem Willensverhältniß zur Sache, allein dieses ist bedingt und bestimmt durch dasjenige des eigentlichen Besitzers, in dessen Namen der Fremdbesitzer die Sache hegt und inne hat. Demgemäß ist der Fremdbesitz ein Besitz in fremdem Namen oder stellvertretender Besitz. Es gibt keinen indifferenten Besitz, zu welchem der Eigenbesitz und der Fremdbesitz sich als Unterarten verhielten, der eine schließt begrifflich den anderen

aus, und der zweite fordert den ersteren zu seiner thatsächlichen Ergänzung. *Aliud est possidere, longe aliud in possessione esse* (*Ulp. fr. 10. § 1. eod.*), *nec idem est, possidere et alieno nomine possidere, nam possidet, cujus nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium* (*Cels. fr. 18. eod.*); *generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus: nos possidere videmur* (*Gai. fr. 9. eod.*). Der Fremdbesitzer besitzt nicht, weil er die Sache nicht kraft selbständigen Willens inne hat, er läßt seinen Willen von dem des eigentlichen *possessor* regieren und bewegt sich innerhalb oder auf Grund des Willens desselben, *non videtur possidere, qui contemplatione alterius possidet* (*Ulp. fr. 13. § 12. D. de her. pet. 5, 3*). Die Quellen vermeiden daher gern, auch wo es sich nicht um den speciellen Gegensatz handelt, das Verhältniß des Fremdbesitzers mit *possessio* oder *possidere* zu bezeichnen, sie ziehen dafür den Ausdruck *tenere s. detinere rem, in possessione esse* vor, oder verbinden: *naturaliter possidere s. corporalis possessio,* oder fügen das Kriterium hinzu: *alieno nomine possidere.*

§ 491.] Der Eigenbesitz ist die Eigenthumsform, nur durch Besitzhandlungen kann das Eigenthum sich äußern und in die sinnliche Erscheinung treten: dadurch erhält der Besitz die Bedeutung eines Symptoms des Eigenthums, und der Verkehr ist an der Wahrung dieses Symptoms interessirt. Zufolge dieses öffentlichen Interesses erfreut sich daher der Besitz eines besonderen Rechtsschutzes, und der Prätor hat denselben im Edict ausgebildet, indem er jede eigenmächtige Störung und Entziehung desselben untersagt und dem gestörten oder verdrängten Inhaber auf Grund des in seiner Person verwirklichten Besitzes Interdicte* gewährt. Durch diese Ausstattung mit Interdictenschutz gewinnt der Besitz direct das Gepräge eines Rechtszustandes, und er wird mit Bezug hierauf von den Neueren juristischer Besitz oder Interdictenbesitz (*possessio ad interdicta*) genannt.

Das Römische Recht kennt gewisse Fälle, in denen es zweckmäßig erschienen ist, einem Inhaber, welcher nicht eigentlicher Besitzer ist, den Interdictenschutz zu gewähren; dahin gehört 1) der Pfandbesitz (*fr. 16. D. de usurp. 41, 3*), 2) der Precariobesitz (*fr. 4. § 1. D. de precar. 43, 26*) und 3) der Sequesterbesitz (*fr. 39. D. de acq. poss. 41, 2; fr. 17. § 1. D. depos. 16, 3*). Diese Anomalie soll im 1. Fall immer, im 2. Fall, wenn nicht das Gegentheil —, im 3. Fall, nur wenn es ausdrücklich bedungen ist, stattfinden.** Die Detention ist hier eine qualificirte und wird demgemäß abgeleiteter oder anvertrauter Besitz genannt. Rücksichtlich der Usucapion soll (besonders im 1. Fall) der eigentliche Besitzer nicht beeinträchtigt werden (*fr. 16. D. de usurp. 41, 3; fr. 13. § 7. D. de acq. poss. 41, 2*).[3]

Wenn in der Person des Besitzers gewisse Voraussetzungen hin-

---

*) s. oben Cursus § 209

**) Ueber das Besitzverhältniß des *emphyteuta* und des *superficiarius* s. unten Kap. 25 u. 26.

zukommen, nämlich der Besitz redlich und titulirt ist, kann derselbe zum Eigenthumserwerb führen* und Grundlage eines civilen Rechts werden: solche *possessio ad usucapionem* heißt daher in den Quellen *possessio civilis*, und es wird im besonderen Gegensatz hierzu bisweilen auch der bloße Interdictenbesitz *possessio naturalis* genannt, indem solchenfalls hierunter nicht, wie sonst gewöhnlich, die *detentio alieno nomine* verstanden ist (*fr. 1. § 9. 10. D. de vi 43, 16*).

Interdictenschutz und Usucapionsmöglichkeit können als Besitzwirkungen aufgefaßt und als Recht aus dem Besitz (*jus possessionis: fr. 44. pr. D. de acq. poss. 41, 2; fr. 2. § 38. D. ne quid in loco publ. 43, 8*) bezeichnet werden. Etwas Anderes ist das Recht auf Besitz (*jus possidendi:* kraft eines *interdictum adipiscendae possessionis*, auf Grund des Eigenthums u. s. w.).

§ 402] IV. Durch das Römische Recht zieht sich bis in die nachclassische Zeit ein Dualismus des Eigenthums, indem der Prätor einen eigenthumsähnlichen Rechtsschutz für gewisse Fälle ausbildete. Gaius (2, 40) sagt: *Sequitur, ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium: ita aut dominus quisque est, aut dominus non intelligitur; quo jure etiam populus Romanus olim utebatur, aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus; sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere.* Ein Römer (oder Latinus) hatte seine Sache *ex jure Quiritium*, wenn er sie — ihr civilrechtliches *commercium* vorausgesetzt — durch einen civilrechtlichen Erwerbsgrund und ohne Entgegenstehen fremden Rechts erlangt hatte. Hatte er sie auf andere Weise erlangt, so erfreute er sich eines gewissen Schutzes, wofern die Voraussetzungen der *actio Publiciana* gegeben waren, welche auf dem Gedanken fingirter Usucapionsvollendung beruhte;** dieser Schutz aber, der an sich gegenüber einem *legitimus dominus* (*ex jure Quiritium*) nicht durchdringen konnte und daher nur relativ war, wurde vom Prätor mittels der *exceptio* bez. *replicatio doli* (*rei venditae et traditae*) vervollständigt, indem derjenige, welcher von dem *legitimus dominus* eine *res mancipi* durch Tradition (Kauf u. s. w.) erworben hatte, nicht nur gegen dessen Klage sich wehren, sondern selbst klagend gegen denselben auftreten und die *exceptio dominii legitimi* zurückweisen konnte: *si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium vero mea permanebit* (*Gai. 2, 41*). Außerdem ertheilte der Prätor einen besonderen Schutz, wenn er einem Römer auf Grund des Edicts eine Sache oder ein Vermögen überwies; auch dieser Schutz war, obwohl nicht durch civilrechtliche Klage gesichert, doch ein nach allen Seiten hin ausreichender: *neque bonorum possessores, neque bonorum emtores pleno jure domini fiunt, sed in bonis efficiunt, jus Quiritium autem ita demum adipiscuntur, si usuceperunt* (*Gai. 3, 80*).

---

*) s. unten Kap. 18 (des II. Theils). **) s. unten Cursus Kap. 19 (des II. Thls.).

Beide Fälle haben das gemeinsam, daß der zu Schützende erst durch Vollendung der Usucapion *legitimus dominus* wird, daß er aber schon jetzt absoluten Schutzes genießt, indem er gegen Störer eine selbständige Klage hat, und im ersteren Fall auch gegen den *legitimus dominus* geschützt, im anderen Fall überhaupt kein *legitimus dominus* vorhanden ist. Unverkennbar hat daher dieser Schutz praktisch den gleichen Werth, wie der civilrechtliche Schutz des *legitimum dominium*, er wird daher diesem zur Seite gestellt und kann als prätorisches Eigenthum bezeichnet werden. Theophilus (*Paraphr. ad § 4. J. de libertin. 1, 5*) sagt: *Ἔστιν φυσικὴ δεσποτεία καὶ ἔννομος δεσποτεία, καὶ ἡ μὲν φυσικὴ λέγεται in bonis, καὶ ὁ δεσπότης βονιτάριος, ἡ δὲ ἔννομος λέγεται jure Quiritium, τουτέστιν ἐκ τοῦ δικαίου τῶν Κυϊριτίων, ὁ δὲ δεσπότης jure quiritario.* Es ist hiernach üblich geworden, das *legitimum dominium* (*ex jure Quiritium meum esse*) als *quiritarium*, und das prätorische (*rem in bonis habere*) als *bonitarium* zu bezeichnen.

Nur in den angeführten zwei Fällen ist bonitarisches Eigenthum quellenmäßig nachweisbar, doch wird insgemein angenommen, daß außer dem Falle einer *traditio rei mancipi* noch andere Erwerbstitel bonitarisches Eigenthum begründet hätten. — Auch das bonitarische Eigenthum war Römisches Eigenthum und daher von den Fällen zu unterscheiden, da ein Nichtrömer Sachen irgendwie erwarb, oder solche Sachen, die, wie Provinzialgrundstücke, Römischen Eigenthums unempfänglich waren, von einem Römer (oder Latinus) erworben wurden; Gaius nennt den ersteren Fall *dominium apud peregrinos* (*2, 40*) und den zweiten *possessio et ususfructus* (*2, 7*).

§ **493**] Durch den Eigenthumsdualismus war die Möglichkeit folgender drei Sachverhältnisse im Leben gegeben: 1) eine Sache befand sich ausschließlich im Civileigenthum eines Römers, d. h. so daß kein Anderer daneben diese Sache *in bonis* hatte: dies hieß *plenum jus* und galt als das bonitarische Eigenthum mit enthaltend: *impleta usucapione pleno jure incipit, i. e. et in bonis et ex jure Quiritium tua res esse* (*Gai. 2, 41*); 2) oder die Sache befand sich ausschließlich im bonitarischen Eigenthum eines Römers, z. B. infolge prätorischer Erbfolge; 3) oder ein Römer war quiritarischer und ein anderer Römer bonitarischer Eigenthümer derselben Sache, nämlich infolge Tradition seiten des ersteren an den anderen: in diesem Fall hieß das quiritarische Eigenthum *nudum jus Quiritium* (*Gai. 1, 54*; *3, 166*).

Der rechtliche Inhalt des bonitarischen Eigenthums war im Wesentlichen der gleiche, wie der des vollen quiritarischen, nur daß der bonitarische Eigenthümer an der Sache weder Civileigenthum noch Civilservitut einem Anderen gewähren, noch sie *per vindicationem* legiren (*Gai. 2, 196;* s. aber *2, 197* und *222*), noch den Sklaven durch Freilassung zum *civis* (vielmehr nur zum Latinus: *Gai. 1, 17*), noch durch Freilassung der *ancilla* die *tutela legitima* über sie erwerben konnte (*Gai. 1, 167*). Das Recht, zu manumittiren, sowie die *potestas* über den Sklaven war mit dem bonitarischen Eigenthum, nicht mit dem *nudum*

jus Quiritium, verbunden, und letzteres hatte lediglich die Wirkung, daß derjenige, welchem es zustand, durch Mitvollziehung der Freilassung den Sklaven zum *civis* machte, über die *liberta* die *tutela legitima* erwarb (*Gai. l. c.*), und für den Fall der Dereliction seiten des bonitarischen Eigenthümers *ipso jure* wieder volles Eigenthum erlangte.

§ **494**] V. Es liegt in der natürlichen Beschaffenheit der Immobilien als Theilen der zusammenhängenden Erdoberfläche und in dem öffentlichen Interesse der Zusammenlebenden an der Ordnung und Gestaltung derselben für den gemeinsamen Verkehr begründet, daß das Privateigenthum an Grundstücken nicht so ungebunden seyn kann, wie das an Mobilien. Immer bildet sich daher in geordneten Gemeinwesen die Idee aus, daß der öffentlichen Gewalt ein gewisses hoheitliches Recht an den zum Territorium gehörigen Grundstücken zusteht, vermöge dessen Eingriffe in das Privatrecht des Grundstückseigenthümers zur Wohlfahrt der Umwohnerschaft und zur Förderung des allgemeinen Verkehrs gerechtfertigt sind. Solche Eingriffe können darin bestehen, daß dem Grundstückseigenthümer gewisse Handlungen, z. B. Verbrennung oder Bestattung eines Leichnams innerhalb der Stadt (*Cic. de leg. 2, 23; fr. 3. § 5. D. de sepulcro viol. 47, 12*), oder die Errichtung zu hoher Gebäude an öffentlichen Straßen (*Strabo 5, 3, 7*) untersagt, oder die (vergütungsweise) Abtretung der für *viae publicae* erforderlichen Strecken, oder die Duldung des einstweiligen Gebrauchs seines Grundstücks bei Aquaeductausbesserungen (*fr. 14. § 1. D. quemadm. serv. am. 8, 6; Frontin. de aequaeduct. 125*) angesonnen wird.[4] Das Recht der Staats- oder Municipalgewalt, derartige Beschränkungen aufzuerlegen, ist als der Ausfluß einer staatsrechtlichen Herrschaft zu denken, welche neben dem Privateigenthum hergeht, oder gleichsam über diesem schwebt und es an einzelnen Punkten durchkreuzt; da aber die öffentliche und die private Herrschaft ganz ungleichartiger Natur ist, so entspringen aus ihrem Zusammentreffen keine besonderen Rechtsgebilde.

§ **495**] VI. Anders verhält es sich, wenn (z. B. auf Grund abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags, oder zufolge Vermachung einer Sache an mehrere Collegatare) neben einem Eigenthümer zugleich ein Anderer an derselben Sache Eigenthum hat, so daß zwar die ganze Sache im Eigenthum jedes, aber dieses Eigenthum selbst in Gemäßheit der Concurrenz kein ganzes, sondern ein getheiltes ist.* Die Sache heißt dann *res communis* und das Eigenthum eines Jeden *condòminium*, Miteigenthum. Das Object ist hier Eines, der Subjecte sind mehrere, *nec quisquam partis corporis dominus est, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habet* (*Cels.* in *fr. 5. § 15. D. commod. 13, 6*), und nur von dem Zusammenhang der Proceßfrage ist es gemeint, wenn Paulus von zwei Miteigenthümern sagt: *unius loco habentur* (*fr. 4. § 7. D. fin. reg. 10, 1*). Wäre das Object selbst getheilt, so

---

*) s. oben Cursus § 439.

gäbe das mehrere Objecte und folglich mehrere getrennte Eigenthumsrechte, z. B. wenn ein Hausgrundstück durch eine hindurchgezogene Wand in zwei Häuser geschieden wird; oder gälten die mehreren Interessenten wirklich als Ein Subject, etwa nach Art einer Körperschaft, so käme das Eigenthum zwar Mehrern zugute, wäre aber doch nur ein einfaches, wenn auch jeder der Genossen es selbständig ausüben könnte (s. g. Gesammteigenthum nach dem Princip der germanischen Gesammthand). Undenkbar, weil einen logischen Widerspruch enthaltend, ist ein *plurium dominium in solidum* (*fr. 5. § 15. D. eod.*), denn es kann nicht von Mehreren jeder die ganze Sache ganz haben.

Beim *condominium* hat jeder Theilhaber einen Antheil am Eigenthum (der ganzen Sache), die Antheile der Mehreren können von gleicher oder verschiedner Größe seyn (*dominicae partes*, *aequales* und *diversae portiones dominii: Ulp. fr. 40. § 3. 4. D. de damno inf. 39, 2*): danach bestimmt sich der Antheil Jedes an den Erträgnissen der *res communis*. Jeder *condominus* kann über seinen Eigenthumsantheil selbständig verfügen, d. h. denselben auf einen Anderen übertragen oder derelinquiren: letzternfalls fällt der Antheil dem anderen Eigenthümer zu. Da das Eigenthum jedes der *condomini* durch die Coexistenz desjenigen der Anderen begrenzt ist, so kann keiner allein eine Handlung vornehmen, durch welche der natürliche Bestand der Sache im Ganzen oder theilweise berührt würde,* *in re communi nemo dominorum jure facere quidquam invito altero potest, unde manifestum est, prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat* (*Pap. fr. 28. D. comm. div. 10, 3*); anderseits aber kann auch keiner genöthigt werden, länger, als ihm etwa kraft rechtsgeschäftlicher Verpflichtung obliegt, in der *rei communio* zu verharren.**

Da der Besitzwille dem Eigenthumswillen correspondirt, so gibt es auch eine dem *condominium* entsprechende Besitzgestaltung, die **compossessio**, Mitbesitz;[5] und auch hiervon gilt: *plures eandem rem in solidum possidere nequeunt, contra naturam quippe est, et cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris* (*Paul. fr. 3. § 5. D. de acq. possessione 41, 2*).

Literatur: 1) Vergl. dazu Böcking Pand.-Inst. II. (1855) § 134. Anm. 16 u. 18. — 2) Anders v. Savigny das Recht des Besitzes (1. Aufl. Giess. 1803. 6. Aufl. 1837. 7. Aufl. *ed.* Rudorff, Wien 1865) § 1. — 3) Vielfach untereinander abweichende Ansichten: v. Savigny § 9. 23—25; Puchta Curs. d. Instit. II. § 229 a. E.; Böcking § 123. S. 451. 452; Brinz Lehrb. d. Pand. I. S. 66. u. Rudorff in s. Ausg. von Savigny's Recht des Bes. S. 606—614. — 4) Puchta II. § 231; Böcking II. § 140. — 5) v. Savigny R. d. Bes. § 11.

XVII. Kapitel.

II. Erwerb und Verlust des Besitzes.

§ **496**] Erworben wird der Besitz, wenn der Besitzwille (*animus*) in einer die physische Macht über die Sache bezeichnenden Handlung

*) s. unten § 520 a. E. **) s. unten Kapitel 41 (des II. Theils).

Ausdruck (*corpus*) gewinnt: diese Handlung heißt *apprehensio*, Besitzergreifung; *adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore* (*Paul. fr. 3. § 1. D. de acq. poss. 41, 2*). Der Besitzerwerb ist entweder einseitiger Act — welchenfalls er *occupatio* genannt wird —, oder durch Ueberweisungsact (*traditio rei*) des bisherigen Besitzers vermittelt — welchenfalls der Besitzerwerb *translatio possessionis* genannt wird —; letzternfalls ist zur Apprehension nicht eine unmittelbare Berührung (Anfassung, Be- oder Umschreitung) erforderlich, sondern es genügt (wofern nur in dem Augenblick *vacua possessio* ist, d. h. kein fremder Besitzwille sich zwischendrängt: *fr. 22. D. eod.*), daß der Acquirent *in praesentia* oder *in conspectu rei* auf diese hingewiesen wird oder den Schlüssel zu dem betreffenden Lagerraum empfängt, oder daß der Tradent auf Geheiß des Acquirenten die Sache *in conspectu ejus* von der Hand thut oder sie in dessen Behausung oder Gehege bringt: *Quod diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet* (*Paul. fr. 3. § 1. D. eod.*) — *Non est corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et columnae pro traditis habentur, si in re praesenti consenserint* (*Paul. fr. 1. § 21. eod.*) — *Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem* (*Cels. fr. 18. § 2. eod.*) — *Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint, quo facto confestim emtor possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea* (*Pap. fr. 74. D. de contr. emt. 18, 1*) — *Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut mea esse incipiat, nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, acquisita mihi et quodammodo longa manu tradita existimanda est* (*Javol. fr. 79. D. de solut. 46, 3*) — *Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo tum attigerit* (*Cels. fr. 18. § 2. cit.*). — Die Fälle, wo bloß *oculis et affectu* apprehendirt ist, werden nach Javolen's Vorgang als *longa manu traditio* bezeichnet.[1]

Ohne Apprehensionsact (*solo animo*) kann einseitiger Besitzerwerb nie stattfinden, auch nicht, wenn die Sache bereits auf dem Grund und Boden (*thesaurus*) oder im Verschluß des Betreffenden (*res deposita*) sich befindet, sondern nach des Sabinus durchdringender Ansicht ist erforderlich, *ut res loco moveatur s. contrectetur* — *furtum sine contrectatione fieri non potest* (*fr. 3. § 3. 18. D. eod.*); dagegen genügt zum Erwerb des eigentlichen Besitzes der bloße Besitzwille dessen, welcher bereits im Namen des bisherigen Besitzers detinirte und nun kraft Vertrags mit diesem im eignen Namen die Sache behält: dieser Vertrag, in Gemäßheit dessen der Detinent gleichsam selbst sich die Sache tradirt, wird darum nach Ulpian's Vorgang (*fr. 43. § 1. D. de jure dot. 23, 3*) *traditio brevi manu* genannt; *si quis rem apud se depositam*

vel sibi commodatam emerit vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emtionem apud eum remansit (*Ulp. fr. 9. § 1. D. de Public. 6, 2*).

§ **497**] Stellvertretung.* Außerdem genügt zum Besitzerwerb *solus animus* auch dann, wenn das *corpus possessionis* sich in der Person eines Stellvertreters vollzieht, d. h. dieser anstatt des Besitzerwerbers den Apprehensionsact vornimmt; *possessionem acquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* (*Paul. Sent. Rec. V, 2, § 1*); allgemeine Voraussetzung ist dabei, daß der Stellvertreter nicht im Widerspruch mit dem Besitzwillen des Anderen die Absicht hatte, für einen Dritten zu apprehendiren, im Uebrigen ist zu unterscheiden: 1) der Herr erwirbt durch seinen Sklaven Besitz, aber nur, wofern er diesen selbst zu der Zeit besitzt (*fr. 50. § 1. D. de acq. poss. 41, 2*); 2) der bloße Besitzer eines Sklaven erwirbt durch diesen den Besitz, aber nur, wofern er redlicher Besitzer ist (*fr. 1. § 6. eod.*); ingleichen der Usufructuar eines Sklaven, obschon er gar nicht Besitzer, sondern nur Detentor desselben ist: in beiden Fällen aber auch nur, was der Sklave durch seine Mühe oder mit den Mitteln des Vertretenen erwirbt (*Gai. 2, 94; fr. 10. § 3. D. de acq. dom. 41, 1*); 3) der Gewalthaber erwirbt Besitz durch die in seiner *patria potestas*, und wohl auch durch die in seiner *manus* oder *mancipii causa* Befindlichen, obschon diese selbst nicht von ihm besessen werden (*Gai. 2, 89. 90*); 4) durch einen freien Stellvertreter (*procurator*) erwirbt man Besitz, wofern entweder der Stellvertreter selbst den positiven Willen hat, für den zu erwerben, welcher den entsprechenden Besitzwillen hat, oder wenigstens der Tradent die Absicht hat, dem Letzteren Besitz zu geben (*fr. 13. D. de donat. 39, 5*). In allen Fällen findet der Besitzerwerb sofort mit der Apprehension statt, nur für den Usucapionsstand ist noch erforderlich, daß der Vertretene die Kunde von jener erhält (*fr. 42. § 1. D. de acq. poss.*).

Eine wichtige Ausnahme macht das *peculium*, bei welchem der Besitzwille des Gewalthabers überflüssig ist; *acquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui iis peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari et infans et furiosus acquirunt possessionem et usucapiunt* (*fr. 1. § 5. eod.*).

Auch Vormünder und Organe einer juristischen Person können für die von ihnen zu Vertretenden Besitz erwerben, ohne daß diese selbst Besitzwillen haben (*fr. 1. § 20. fr. 2. D. eod.*).

§ **498**] II. Verloren geht der Besitz nicht schon durch einfache Unterbrechung des *corpus* oder *animus*, daher z. B. nicht durch bloße Entfernung des Besitzers von der Sache (*fr. 1. § 25. D. de vi 43, 16*), oder bloße Nichtexistenz des Besitzwillens (z. B. infolge Wahnsinnigwerdens oder Vergessens der in Gewahrsam befindlichen Sache), son-

---

*) s. oben Cursus § 458.

dern nur dadurch, daß eine dem *corpus* oder *animus* entgegengesetzte Thatsache eintritt, *quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque* (das eine, das andere) *in contrarium actum est* (*Paul. fr. 8. D. de acq. poss.*); *ejus, quod corpore nostro tenemus, possessionem amittimus vel animo vel etiam corpore* (*Pap. fr. 44. § 2. eod.*), also durch vollständige Entrückung der Sache aus des Besitzers Gewalt (Verirrung oder Flucht des Thiers, Abhandenkommen, Unterwassergerathen) oder durch den Entschluß, die Sache nicht mehr zu besitzen: *Pecus simulatque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur; dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur* (*fr. 3. § 13. eod.*); *cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti, dominium me retinere puto, possessionem non puto* (*Ulp. fr. 13. pr. eod.*, dazu § *17. eod.*); *in amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem; igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest* (*Paul. fr. 3. § 6. eod.*). *Animo et corpore* geht der Besitz verloren freiwillig durch Tradition oder Dereliction des Besitzes, und gegen den Willen des Besitzers, wenn der Besitzwille durch den Willen eines occupirenden Anderen paralysirt, d. h. der Besitzer von diesem Anderen verdrängt wird; bei Grundstücken aber gilt als Verdrängung nur, wenn der bisherige Besitzer von der Occupation in Kenntniß gesetzt von alsbaldigen Versuchen der Wiedervertreibung absteht (*fr. 3. § 7. 8. fr. 7. eod.*).

Ein besonderer Fall des Besitzverlustes *solo animo* ist der Vertrag, daß der bisherige Besitzer fortan für den anderen Contrahenten detiniren soll; der *possessor* tradirt hier gleichsam an den *detentor alieno nomine*, weil aber jener mit diesem identisch ist, unterbleibt der Traditionsact, z. B. wenn der Verkäufer das Haus als Miether innebehält; *quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio* (*Cels. fr. 18. pr. D. eod.*): es ist das eine umgekehrte *traditio brevi manu* und heißt bei den Neueren *constitutum possessorium.*

§ **499**] Stellvertretung. Wenn Jemand *alieno nomine* detinirt, so entscheidet sich der Besitzverlust dadurch, daß der *animus* in der Person des *possessor* selbst, oder das *corpus* in der Person des *detentor* durch Conträract aufgehoben wird; daher geht der Besitz nicht verloren, wenn etwa der Besitzer selbst von einem Dritten verdrängt werden, aber der *detentor* sich in der Detention behaupten sollte (*fr. 1. § 45. D. de vi 43, 16*); durch Dejection des *detentor* geht dem Besitzer der Besitz verloren, auch wenn er davon nichts weiß (*fr. 1. § 22. eod.*), nicht aber durch Wahnsinnigwerden des *detentor* (*fr. 25. § 1. D. de acq. poss.*). An den *detentor* selbst geht der Besitz durch Contrectation oder Dejection verloren;* dagegen scheint es bestritten gewesen zu seyn, ob durch

*) s. oben § 496.

eine treulose Derelictions- oder Traditionshandlung des *detentor*[2]: Justinian entschied verneinend, *ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat* (*l. 12. C. de acq. poss. 7, 32*).

Ein Gewalthaber kann den Besitz nicht dadurch verlieren, daß der ihm Unterworfene die Sache unterschlägt oder ihn dejicirt, denn Unterworfene erwerben eben immer für den Gewalthaber den Besitz; demgemäß bleibt auch ein *servus fugitivus* in seines Herrn Besitz, so lange er nicht von einem Anderen occupirt wird (*fr. 13. pr. fr. 15. D. eod.*).

Literatur: 1) In einigen dieser Fälle, namentlich in dem der Schlüsselübergabe, sprechen Manche von *traditio symbolica*: s. dagegen v. Savigny Recht des Besitzes § 14. — 2) Ders. § 33. S. 367 ff. (der 7. Aufl.). Böcking Pand.-Inst. I. § 125. Anm. 19. 20.

XVIII. Kapitel.

III. Erwerb und Verlust des Eigenthums.

§ 500] I. Erwerbsgründe des älteren Civilrechts. 1) Aus alter Zeit war es der vollgültigste und gewissermaßen prototypische Erwerbsgrund quiritarischen Rechts (*Gai. 4, 16*), wenn Kriegsbeute vom Staat, welchem sie nach Kriegsrecht gehörte, an den Einzelnen überging, sei es durch unmittelbare vom Feldherrn angeordnete Vertheilung, oder durch solenne von den Quästoren zu leitende Versteigerung (*venditio sub hasta*, bez. *sub corona*, *Gell. N. A. 7, 4*)[1]. Nach Analogie der letzteren versteigerte dann der Staat auch solche Sachen oder Vermögensmassen, welche ihm aus anderen Gründen, z. B. wegen Erblosigkeit, zugefallen waren, und nahm er, um Stücke des *ager publicus* in Privateigenthum zu bringen, durch besondere Beamte (*ex lege de colonia deducenda*) eine Assignation* oder durch die Quästoren eine Versteigerung vor.[2]

2) Im Verkehr der Privaten gab es zwei solenne schon in den XII Tafeln bestätigte (*fr. Vat. § 50*) Formen, die *in jure cessio* und die *mancipatio*; jene galt als öffentlicher Act (vor dem Magistrat) und war auf alle Sacharten anwendbar, aber nicht für *personae alieni juris* geeignet (*Gai. 2, 96; fr. Vat. § 51*), diese** war ein Privatact vor (5) Zeugen und nur auf *res mancipi* anwendbar. Beide gewähren mit dem Eigenthum zugleich Besitz, nur sofern sie von Tradition begleitet sind. *In jure cessio communis alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi; quae fit per tres personas: in jure cedentis, vindicantis, addicentis* (*Ulp. 19, 9*); *mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi, eaque fit certis verbis, libripende et quinque testibus praesentibus* (*Ulp. 19, 3*). *Plerumque et fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud Praetorem aut apud Praesidem provinciae quaerere* (*Gai. 2, 25*). Doch erhielt sich die *in jure cessio*, obschon jetzt *res nec mancipi* auch

---

*) s. Excurse S. 253.   **) s. Excurse S. 127. 400.

durch formlose Tradition *in justum dominium* kamen, wahrscheinlich dann gern noch angewendet, wenn *res mancipi* und *nec mancipi* zusammen (z. B. Haus mit Mobiliar) veräußert werden sollten.[3]

3) Durch Adjudication in einem Theilungsprocesse wurde, falls das Miteigenthum schon quiritisches und der Proceß ein *judicium legitimum* war, quiritisches Eigenthum dessen begründet, welchem das streitige Stück ganz oder theilweise zuerkannt wurde, ohne Unterschied von *res mancipi* und *nec mancipi* (*Ulp. 19, 16; fr. Vat.* § *47*).

4) In manchen Fällen bedurfte es überhaupt keines oder doch nicht eines auf die einzelne Sache gerichteten Erwerbsactes dazu, daß Jemand quiritischer Eigenthümer wurde: so beim Erwerb eines Vindicationslegats (*Gai. 2, 193*), beim Antritt einer Erbschaft oder bei anderen civilrechtlichen Universalsuccessionen (*bonorum sectio*, *arrogatio, conventio in manum mariti*), wodurch der Rechtsfolger alle Sachen, welche im quiritischen Eigenthum des bisherigen Vermögenssubjects waren, zu quiritischem Eigenthum erwarb.

§ 501] 5) Von höchster Bedeutung war, ganz besonders für die alte Zeit mit ihrem engen Erwerbssystem, die Ersitzung, *usucapio*,[4] d. h. der Erwerb quiritischen Eigenthums durch eine Zeit lang fortgesetzten Besitz der Sache. Ein solcher Rechtserwerb auf Kosten eines Anderen rechtfertigt sich nicht durch den Zeitverfluß, sondern positiv durch den Gedanken, daß eine Sache zuletzt dem gebühre, welcher ihr seine Sorge widmet und mit seinem ganzen Vermögensstand verknüpft (daher *usu — capio*), negativ durch den Gedanken, daß der Andere, der seine Sache nicht verfolgt, also vernachlässigt habe, über den Verlust sich nicht beklagen, ja wohl gar als zustimmend gelten darf (*Gai. 2, 44; Paul. fr. 28. D. de V. S.*), endlich im Allgemeinen durch die Rücksicht auf das Verkehrsleben, welches bei unbegrenzter Zulassung alter Eigenthumsstreite nicht bestehen könnte. *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium* (*Gai. fr. 1. D. de usurp. et usucap. 41, 3;* dazu *Cic. pr. Caec. c. 26* und *Nerat. fr. 5. pr. D. pro suo 41, 10*).

Die XII Tafeln bestimmten für Immobilien eine zweijährige, für Mobilien eine bloß einjährige Ersitzungsfrist: *usus* (*et*) *auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus* (*Cic. Top. 4.; pro Caec. c. 19; Gai. 2, 42. 54. 204.*), und diese Zeitbestimmung blieb bis auf Justinian in Gültigkeit: *usucapione dominium adipiscimur tam mancipi rerum, quam nec mancipi; usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii* (*Ulp. 19, 8*). Diese Verbindung der Worte *usus auctoritas* in den XII Tafeln sollte wohl die Stellung des besitzhabenden Erwerbers und zugleich die des gewährspflichtigen Auctor innerhalb der Frist ausdrücken, so daß die Wirkung des Fristablaufs nur indirect im Gesetz enthalten war.*

---

*) s. auch Excurse S. 115.

Die Zeit kommt nur als Modalität des Besitzes in Frage, der Besitz ist der eigentliche Zeugungsgrund, welcher seine Wirkung vollendet, sobald die erforderliche Zeit verstrichen ist. Aber der Besitz wirkt nur dann, wenn er in der Entstehung gerechtfertigt und in der Dauer ununterbrochen ist, und auch nur, wenn die besessene Sache nicht infolge gesetzlicher Bestimmung von der Ersitzbarkeit ausgenommen ist. — Man faßt alle Voraussetzungen der Ersitzung in den Worten zusammen: *Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.*

§ **502**] A. Gerechtfertigt ist der Besitz, wenn er sich auf einen Rechtsgrund, *titulus usucapionis* (*justa causa dominii*), stützt[5] und *bona fide* erworben ist.[6] Als Usucapionstitel gilt jede Thatsache, welche Rechtsgrund des Eigenthums seyn kann: man besitzt etwa *pro emtore, pro donato, pro soluto, pro dote, pro legato, pro derelicto* (*Dig. 41, 4—9*); besitzt man nicht auf Grund eines solchen Titels, so findet Usucapion nicht statt (*fr. 27. D. de usurp. 41, 3*), und nur wenn der Besitzer aus entschuldbarem Irrthum das Vorhandenseyn eines Titels annimmt (*titulus putativus*), genügt das subjective Moment: *quod vulgo traditum est, cum, qui existimat, se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emtor habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit: magis esse, ut usucapio sequatur* (*Afr. fr. 11. D. pro emtore 41, 4*; dazu *fr. 2. § 16. eod.*; *fr. 3. D. pro herede 41, 5; fr. 5. § 2. D. pro suo 41, 10*). Es heißt in solchem Falle: *pro suo possidet*, doch wird dieser abstracte Ausdruck (abgesehen von seiner untechnischen Bedeutung als Gegensatz des *pro alieno possidere*: *fr. 13. D. de usurp. 41, 3*) auch für andere Fälle gebraucht: *est species possessionis, quae vocatur pro suo: hoc enim modo possidemus omnia, quae mari, terra, coelo capimus, aut quae alluvione fluminum nostra fiunt; item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emtae ancillae pro nostro possidemus, similiter fructus rei emtae aut donatae, aut quae in hereditate inventa est* (*Paul. fr. 2. D. pro suo*).

Bona fides ist die Ueberzeugung, daß der Besitzwille (*animus rem sibi habendi*) nicht mit dem Recht eines Anderen in Conflict stehe; solche Ueberzeugung war in den Fällen des prätorischen Eigenthums eine richtige, außerdem nur als Irrthum denkbar, sei es nun, daß der vermeinte Rechtsgrund gar nicht vorhanden, oder der *verus titulus* mit einem Mangel behaftet war, welcher den Erwerb des Eigenthums verhindern mußte, z. B. weil der Verkäufer nicht zur Veräußerung befugt war. Diese *bona fides* ist selbständige Voraussetzung der Usucapion, daher ihr Mangel die Usucapion hindert, auch wenn ein Rechtstitel vorhanden ist; *si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiam si erret, non procedere usucapionem* (*Pomp. fr. 32. D. de usurp. 41, 3*). Sie muß im Augenblick des Besitzerwerbs da seyn, *initium usucapionis intueri debemus* (*Paul. fr. 4. § 18. D. de usurp. 41, 3;* dazu *fr. 2. § 13. D. pro emtore 41, 4*); weder ob sie nach-

her noch geblieben (*mala fides superveniens non nocet*), noch ob sie vorher dagewesen, kommt in Betracht (*possessionis, non contractus initium inspici placet: Pap. fr. 44. § 2. D. de usurp.*), nur beim Titel *pro emtore* muß der Usucapient schon zur Zeit des Kaufabschlusses[7] redlich, d. h. der Ueberzeugung gewesen seyn, daß der Verkäufer Eigenthümer sei (*in emtione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur, igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse: Paul. fr. 2. pr. D. pro emt.*).

Bei Besitzerwerb durch Stellvertreter kommt es darauf an, daß der Vertretene, beim Erwerb für ein Peculium aber, daß dessen Inhaber *in bona fide* ist (*fr. 2. § 10—13. fr. 11. D. eod.;* dazu *fr. 43. § 1. D. de usurp.*).

§ **503**] B. Ununterbrochen ist der Besitz, wenn während der Ersitzungsfrist keine den Besitz, sei es auch nur für kurze Zeit, aufhebende Thatsache eintritt; gleichgültig ist der Grund des Besitzverlustes, im Fall der Wiedererlangung des Besitzes kann nur von neu beginnender Ersitzungsfrist die Rede seyn. Die Unterbrechung, besonders die von einem Anderen ausgehende (Besitzentsetzung), heißt *usurpatio* (*interruptio usucapionis: Paul. fr. 2. D. eod.*); *naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur vel alicui res eripitur: quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes; nec eo casu quidquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit necne* (*Gai. fr. 5. eod.*); neben dieser absoluten kam auch eine relative, d. h. nur zu Gunsten des Handelnden selbst wirksame Unterbrechung durch einen symbolischen Act (z. B. *surculum defringere: Cic. de or. 3, 28*[8]) vor (s. g. *interpellatio* oder *civilis interruptio*); als solche galt aber nicht die bloße *denuntiatio* (*fr. 13. D. pro emt. 41, 4*) oder Klaganstellung (*fr. 2. § 21. eod.;* freilich wird die folgende Verurtheilung zur Herausgabe auf den Zeitpunkt der Litiscontestation zurückbezogen, was wie Unterbrechung wirkt: *fr. 18. D. de rei vind. 6, 1*).

Besonderen Vortheil gewähren a) die *successio in usucapionem* (*s. accessio testatoris*), welche dem Universalsuccessor und Legatar zustatten kommt, indem von diesen die in der Person des Erblassers begonnene Usucapion vollendet werden kann, und ihnen weder die eigene *mala fides*, noch die Besitzlosigkeit der *hereditas jacens* schadet; *in heredibus, qui in usucapionem succedunt, possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem* (*Paul. fr. 30. D. ex quib. c. maj. 4, 6;* dazu *fr. 14. § 1. D. de div. temp. praescr. 44, 3*); *in re legata in accessione temporis, qua testator possedit, legatarius quodammodo quasi heres est* (*Paul. fr. 14. § 1. D. de usurp.*); b) die *accessio possessionis*, welche dem Singularsuccessor *inter vivos*, z. B. Käufer, zustatten kommt, indem in ihm die Usucapion als vollendet gelten soll, wenn bereits der *auctor* (Verkäufer) so lange, als dem Käufer noch fehlen würde, Usucapionsbesitz gehabt hat (*§ 13. J. de usuc. 2, 6; fr. 14—16. D. de div. temp. praescr. 44, 3*). „Bei dieser ist unser Besitz die Hauptsache und der des Vorgängers die Accession, bei der *succ. in usucapionem* ist es der Besitz des Vorgängers, den wir nur fortsetzen, zu dem also umgekehrt der unsrige hinzutritt."[9] *Bona fides* des Vorgängers ist bei beiden,

bona fides des jetzigen Usucapienten bei letzterer (d. h. der *succ. in usuc.*) nicht, wohl aber bei ersterer vorausgesetzt.

§ **504**] C. Nicht auf der Natur der Usucapion, sondern auf positivrechtlichen Vorschriften beruhen gewisse Rechtssätze, durch welche die Usucapion theils eingeschränkt, theils erweitert worden ist. a) Abgesehen davon, daß überhaupt dem quiritischen *commercium* entzogene Sachen, z. B. *res sacrae* und *religiosae* (*sepulcrum, forum bustumve: Cic. de leg. 2, 24*), oder solche Sachen, an denen Besitz unmöglich war (*tignum junctum: fr. 7. § 10. 11. D. de acq. dom. 41, 1*), sowie auch die Grenzen der Grundstücke (*fines intra V pedes: Cic. de leg. 1, 21*)[10] nicht ersitzbar sind, gelten folgende Beschränkungen: α) *furtum rei* wird nach Vorschrift der XII Tafeln und der bestätigenden *lex Atinia* (a. 197 v. Chr.?) als ein *vitium rei* behandelt, welches Ersitzung Jedwedem unmöglich macht: *quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto* (*Gell. N. A. 17, 7*), d. h. *usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit* (*fr. 4. § 6. fr. 49. D. de usurp.*); als der Begriff des *furtum* auf Mobilien beschränkt ward (*fr. 38. D. eod.*), holte eine *lex Plautia* (a. 90 v. Chr.?), welche dann in die *lex Julia de vi* aufgenommen ward,[11] für *res* (*immobiles*) *vi possessae* jene Vorschrift nach (*fr. 33. § 2. eod.*), und die *lex Julia repetundarum* erstreckte sie auf verbotene Schenkungen an Provincialmagistrate (*fr. 8. D. ad leg. Jul. rep. 48, 11*). β) Veräußerung einer *res mancipi*, welche einer unter Agnatentutel stehenden Frau gehörte, ohne des Vormunds Vollwort, galt seit den XII Tafeln gleichfalls als *vitium rei* (*Gai. 2, 47*). γ) Mündelsachen, die ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften veräußert sind, der *fundus dotalis*, Sachen des Fiscus und der Gemeinden (*fr. 48. pr. D. de acq. dom. 41, 1; fr. 16. D. de fundo dot. 23, 5; fr. 9. 18. D. de usurp.*) unterliegen gleichfalls nicht der Ersitzung. Aber in allen diesen Fällen kann das Hinderniß gehoben werden (*purgatio vitii*) dadurch, daß die Sache wieder in des Eigenthümers Gewalt zurückgelangt (*α. β.*), oder in das Eigenthum einer nicht geschützten Person übergeht (γ): *usucapio procedit, si vitium, quod obstabat ex re, purgatum fuerit, veluti si fisci res esse desierit aut furtiva aut vi possessa* (*Pomp. fr. 24. D. eod.*). Gelangt eine Sache erst nach Beginn des Usucapionslaufs in das Eigenthum einer geschützten Person (*sub* γ), so wird die Ersitzung ihres Besitzers nur sistirt (s. g. *usucapio quiescens s. dormiens*), nicht unterbrochen, so daß mit Wegfall des Hemmungsgrundes der Lauf noch vollendet werden kann.

b) In gewissen Fällen (s. g. *usucapiones lucrativae*) war *mala fides* kein Hinderniß der Usucapion: α) *usucapio pro herede* auf Kosten des mit dem Erbschaftsantritt zögernden Erben, freilich seit Hadrian dahin geändert, daß der Erbe trotz vollendeter Usucapion die Sache mittels der *hereditatis petitio* noch abverlangen kann; β) *usureceptio ex fiducia* auf Kosten des zur Remancipation verpflichteten Eigenthümers; in beiden genannten Fällen sollte selbst bei Grundstücken einjähriger Besitz genügen; γ) *usureceptio ex praediatura* auf Kosten des

praediator d. h. dessen, der ein dem Staat verpfändetes Grundstück erkauft hat, aber 2 Jahre lang versäumt; δ) *usucapio ex Rutiliana constitutione* zu Gunsten dessen, der von einer Frau ohne Tutor eine *res mancipi* erkauft hat und nicht vor Ablauf von 1 oder 2 Jahren den Kaufpreis zurückerhält. *Gai. 2, 52—61; fr. Vatic. § 1.*[12]

§ **505**] II. Erwerbsgründe des prätorischen Rechts sind: 1) *traditio rei mancipi* mit der Absicht des Eigenthumsübergangs (*Ulp. 1, 16*); 2) *adjudicatio* in einem *judicium imperio continens;* 3) Ueberweisung eines mit *noxa* behafteten *servus indefensus* an den Beschädigten (*fr. 26. § 6. D. de noxal. act. 9, 4*); 4) Besitzeinweisung in Grundstücke wegen *damnum infectum ex II. decreto* (*fr. 15. § 16. D. de damno inf. 39, 2*); 5) Ertheilung der erbrechtlichen *bonorum possessio;* 6) Vermögensversteigerung im Concurs (*bonorum emtio*: *Gai. 3, 80*).*

Außerdem entwickelte sich eine Art prätorischer Ersitzung, um Sachen, welche dem quiritischen *commercium* entzogen waren, nämlich Provincialgrundstücke, dem längere Zeit Besitzenden zu sichern. Der Prätor schützte den, der ein *justum initium possessionis* und *longa possessio* (ein Decennium *inter praesentes*, ein Vicennium *inter absentes*) hatte (*Paul. Sent. rec. V, 2. § 3. 4*), zunächst durch Gewährung einer Einrede (*praescriptio longi temporis*) gegen die Klage des Eigenthümers; später wurde dieser Schutz zu einem absoluten, d. h. eigentlich dinglichen, ausgebildet, so daß der Besitzer selbst mit einer Klage gegen jeden auftreten konnte (*l. 8. pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39*), und die Sache nun *in bonis ejus* war. Man bezeichnete den Rechtserwerb dieser Art selbst als *praescriptio longi temporis* und gewöhnte sich immer mehr, ihn als ein Seitenstück der *usucapio* zu behandeln. Nach den Grundsätzen dieser *praescriptio* konnte auch der längere Besitz von beweglichen und unbeweglichen Sachen in der Person von Peregrinen beurtheilt werden, und so lag es, seitdem (*Caracalla*) fast alle freien Einwohner Römische Bürger waren, nahe, beide Institute (diese Präscription und die Usucapion) einander anzunähern; ihre Verschmelzung geschah jedoch erst durch Justinian.

§ **506**] III. Erwerbsgründe des neueren Civilrechts. 1) Zuerst mag die *traditio* einer *res nec mancipi* als civiler Erwerbsgrund anerkannt worden seyn, da auf solche Sachen der Privatact der Mancipation nicht anwendbar und doch ein Privatact Verkehrsbedürfniß war (*Gai. 2, 19. 20; Ulp. 19, 7*). Die Absicht des tradirenden Eigenthümers muß auf *alienatio*, die des Empfängers auf Eigenthumserwerb gerichtet seyn, *in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium* (*Javol. fr. 55. D. de O. et A. 44, 7*), und daß diese Uebereinstimmung vorhanden sei, entscheidet sich nach dem Rechtsgeschäft, zu dessen Ausführung die Sachübergabe gehört, *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur* (*Paul. fr. 31. pr. D. de acq. dom. 41, 1*); die Art des Rechtsgeschäfts

*) s. oben Cursus § 265.

ist im Uebrigen gleichgültig. *Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus* (*Jul. fr. 36. D. eod.*), doch hat der Geber im Fall eines *dissensus circa causam* die *condictio sine causa* und der Empfänger also kein Recht auf Behaltung der Sache („*nummi accipientis non fiunt*"? *Ulp. fr. 18. D. de reb. cred. 12, 1*[12]).

Der Tradition steht es gleich, a) wenn Mehrere ihre Sachen infolge Vertrags (durch *confusio, commixtio, conflatio*) zusammen thun oder thun lassen (*communicatio*); die Sache wird solchenfalls *res communis* (*fr. 5. pr. fr. 7. § 8. 9. D. de rei vind. 6, 1*); b) wenn Jemand mit Bewilligung des Eigenthümers auf dessen Grundstück Steine bricht oder Bäume fällt oder Früchte erntet, um sie für sich wegzuholen: *quidam saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa: statim cum lapis exemtus est, meus fit, quia quodammodo traditione meus factus est; plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit, quasi traditio enim facta videtur, quia eximitur domini voluntate* (*Ulp. fr. 6. D. de donat. 39, 5*), daher auch wenn der Usufructuar oder Pachter von der in seiner Nutzung befindlichen Sache Früchte erntet (*perceptio fructuum*), *colonus, quia voluntate domini eos percipere videtur, suos fructus facit* (*Afr. fr. 61. § 8. D. de furt. 47, 2*). —

Wahrscheinlich in Anknüpfung an die freiere Traditionstheorie hat dann die Jurisprudenz (der Kaiserzeit? Labeo bis Julian: *fr. 13. D. quib. m. ususfr. am. 7, 4*) auch für andere Fälle festgestellt, daß Civileigenthum erworben werden könne, theils mit Apprehension, theils ohne solche; namentlich die ersteren Fälle werden auf das *jus gentium* oder die *naturalis ratio* gegründet, alle aber gehören einer Region des Civilrechts an, wo der alte Gegensatz des Civil- und Honorareigenthums sich abstumpft, und im Familien-, Erb- und Obligationenrecht verwandte Rechtsanschauungen auf Grund des *jus naturale* und bez. *extraordinarium* auftauchen.* Die wichtigsten dieser Erwerbsarten sind folgende.

§ 507] 2) *Occupatio* d. h. einseitige Besitzergreifung verschafft Eigenthum, wenn die apprehendirte Sache dermalen in Niemandes Eigenthum ist: *res nullius primo occupanti cedit* (*Gai. fr. 3. D. de acq. dom. 41, 1*); wahrscheinlich galt das aber streng genommen nur für *res nec mancipi*, Herrenlosigkeit einer *res mancipi* mußte ja überhaupt immer eine Seltenheit seyn, und Occupation war auch rücksichtlich ihrer einer *traditio* ähnlich, die hier nur bonitarisches Eigenthum gab. Occupationsbeispiele sind Besitznahme herrenlosen Landes, z. B. einer *insula in mari nata* (*§ 22. J. de rer. div.*), Jagd (*venatio*), Vogelstellerei (*aucupium*) und Fischfang (*piscatio*): *omnia animalia, quae terra, mari,*

*) s. oben Cursus § 297. 339. 394. und Excurse S. 342 u. 361.

coelo capiuntur, i. e. ferae bestiae, volucres, pisces, capientium fiunt, nec interest, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno; plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi, ne ingrederetur (*Gai. fr. 1. 3. D. eod.;* dazu *fr. 14. pr. eod.*). — Als *res nullius* gilt auch jede *res hostilis:* Feindeseigenthum fällt, insoweit es nicht zur Kriegsbeute gehört, als Privaterwerb dem Römer zu, in dessen Gewalt es ist (*fr. 5. § 7. fr. 51. § 1. D. eod.;* dazu *fr. 12. pr. D. de captiv. 49, 15*).

Besondere Occupationsfälle sind a) das Auffangen bei einem *jactus missilium* (*s. sparsio aeris*)*:* ähnlich einer *traditio*, neben welcher es in den Quellen genannt wird, ohne aber als solche angesehen zu werden (*Gai. fr. 9. § 7. D. de acq. dom.*)*; traditio* kann es nicht seyn, weil die *voluntas jacientis* auf *incertae personae* geht, sondern nur *derelictio,*[14] weil das Eigenthum nicht bloß für die umdrängende Menge, sondern schlechthin aufgegeben wird (*Pomp. fr. 5. § 1. D. pro derel. 41, 7*). — b) *thesauri inventio* d. h. Hebung einer werthvollen Sache aus einem Versteck (Erdboden, Mauer, altem Schrank), welches so alt ist, daß der Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln und Preisgebung anzunehmen ist; *thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat* (*Paul. fr. 31. § 1. D. de acq. dom.*). Der Schatz gehört dem Hebenden; wenn er aber *in fundo alieno* eigenmächtig gesucht ist, ganz — wenn zufällig gefunden, wenigstens zur Hälfte dem Grundstückseigenthümer (*§ 39. J. eod.: dimidium inventoris, dimidium fisci. — Spartian. Hadrian. c. 17*), und wenn *in loco sacro vel religioso* gefunden, zur Hälfte dem Fiscus (seit einer *const. D. Fratrum; fr. 3. § 10. D. de jure fisci 49, 14: dimidia pars fisco vindicatur*).[15]

§ **508**] 3) *Specificatio* ist Verarbeitung eines Stoffs, so daß daraus *novi corporis species* entsteht, z. B. *si ex uvis vinum feceris, ex tabulis navem fabricaveris, ex lana vestimentum, ex vino et melle mulsum, ex medicamentis emplastrum feceris* (*Gai. 2, 79*); sie verschaffte nach Ansicht der Proculianer dem Verfertiger, unter dessen Hand die neue Sache eben entstand, das Eigenthum an derselben auch dann, wenn der Stoff ganz oder theilweise ein fremder gewesen; Sabinus aber legte, statt in die Arbeit, in den Stoff die Entscheidung, während nach einer später die Oberhand behaltenden Ansicht die Sache dem bisherigen Stoffeigenthümer nur dann verbleiben soll, *si species ad materiam reverti possit, ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti* (*Gai. fr. 7. § 7. D. de acq. dom.*). Auf keinen Fall geht die *condictio furtiva* verloren, wenn der Stoff gestohlen war (*ex lana furtiva vestis furtiva: Paul. fr. 4. § 20. D. de usurp. 41, 3;* ebenso *Ulp. fr. 52. § 14. D. de furt. 47, 2*); auch haftet der lucrirende Specificant für Schadensersatz.

Als Specification ist wohl jede Zusammengießung (s. g. *confusio*) von Flüssigkeiten, die nicht ganz derselben Art und Güte sind (z. B. verschiedner Sorten oder Jahrgänge von Wein), anzusehen, und die Verwendung von Leinewand oder anderem Stoff zu einem Gemälde

(*pictura*) möchte gleichfalls unter diese Kategorie gerechnet werden (*Gai. 2, 78*).

§ **509**] 4) Auch sonst kann durch (sei es trennende oder vereinigende) Veränderungen, die mit einer Sache auf organischem oder mechanischem Wege vorgehen, ein neues Eigenthumsverhältniß eintreten: wer Eigenthümer des lebenden Thiers war, ist auch Eigenthümer des Leichnams (dazu *fr. 49. pr. D. de legat. II.* und *fr. 14. § 2. D. de cond. furt. 13, 1*); wer Eigenthümer des Gebäudes, ist auch Eigenthümer der *ruta caesa;* wer Eigenthümer des Grundstücks, ist auch Eigenthümer der gebrochnen Bäume: das Eigenthum geht auf die entseelte, abgetrennte Sache über.

Durch *separatio* werden Früchte, durch Geburt Thierjunge zu selbständigen Sachen und fallen von selbst in das Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache oder des Mutterthiers (*fr. 25. D. de usur. 22, 1*): dieses Eigenthum ist ein absolut neues (*fr. 4. § 19. D. de usurp. 41, 3*) und immer civilrechtlich, auch wenn das Zeugende nur *in bonis* ist.[16] Dasselbe gilt von Sklavenkindern. Eigentliche *fructus*, wozu aber die letzteren nicht gehören (*partus ancillae in fructu non est: Ulp. fr. 68. D. de usufr. 7, 1*), fallen, wenn Jemand Emphyteuta oder redlicher Besitzer der *res frugifera* ist, durch Separation in dessen Eigenthum, doch mit der Beschränkung des letzteren, daß er dem Vindicanten der Hauptsache auch die noch nicht consumirten Früchte restituiren muß: *bonae fidei emtor non dubie percipiendi fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est; denique etiam, priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt* (*Paul. fr. 48. D. de acq. dom. 41, 1;* dazu *§ 35. J. de rer. div. 2, 1: pro cultura et cura*).

Auch der zufällige Eintritt einer Verbindung zweier Sachen (Quantitäten), wodurch diese zu einer einzigen neuen Sache* werden (*confusio*), bewirkt eine Eigenthumsveränderung, wenn die Verbindung unlöslich ist, indem solchenfalls die neue Sache eine *res communis* wird (*§ 27. J. eod.*); dasselbe gilt, wenn einer der Eigenthümer Urheber der Verbindung, diese aber nicht Specification ist. — Ist die zufällige Verbindung nur eine äußerliche (Mengung trockner Körper, s. g. *commixtio*), z. B. Zusammenschüttung von Getreide, oder Anlöthung (*plumbatura*), so bleibt unter allen Umständen Jedem sein Eigenthum und folglich die mit der *actio ad exhibendum* einzuleitende Vindication, welche im Fall der Ununterscheidbarkeit statt der Stücke selbst den entsprechenden Bruchtheil der Gesammtquantität erzielt (*fr. 5. pr. D. de rei vind. 6, 1*); dasselbe gilt, wenn Zusammengegossenes wieder scheidbar ist, z. B. Mischung von Blei und Silber, *quia utraque materia, etsi confusa, manet tamen* (*Ulp. fr. 5. § 1. eod.*).

Abweichend werden Geldstücke (*pecunia numerata, nummi*) be-

*) s. jedoch § 511.

handelt, indem ihre *commixtio* als *consumtio* gilt: *si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt; si mixti essent, ita ut discerni non possent, ejus fieri, qui accepit, in libris Gaii scriptum est: ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret* (*Javol. fr. 78. D. de solut. 46, 3*).

§ **510**] 5) Für einzelne Fälle war etwa zur Begünstigung des Erwerbers oder zur Strafe des Einbüßenden vorgeschrieben, daß das Eigenthum *ipso jure*, d. h. ohne Erwerbsact auf einen Anderen übergehen solle: dahin gehören der Anfall einer vom Vormund mit Mündelgeld *in suum nomen* erkauften Sache an den Mündel (*fr. 2. D. quando ex facto tutoris 26, 9*), oder einer dem Unwürdigen entrissenen letztwilligen Zuwendung an einen Anderen (bez. an den Fiscus) *ex lege Papia Poppaea*, oder die Verwirkung (an den Fiscus oder Zollpächter) wegen Zoll- oder Steuerhinterziehung (*fr. 14. D. de publican. et vectigal. 39, 4*). Diese Fälle, zu denen in der christlichen Kaiserzeit namentlich in Ansehung des Familiengüterrechts weitere hinzukamen, sind nach einer Aeußerung Ulpian's (19, 17: *lege nobis acquiritur*) von Neueren als *transitus dominii legalis* bezeichnet worden

Diese Fälle haben das mit den *sub* 4) aufgeführten gemein, daß der Eigenthumserwerb sich unmittelbar und ohne Rechtsgeschäft des Erwerbers an irgend einen Vorgang anknüpft, aber sie unterscheiden sich darin, daß die Fälle *sub* 4) auf der *naturalis ratio*, diejenigen *sub* 5) dagegen auf positiver Satzung (*jus extraordinarium!*) beruhen. —

§ **511**] Gewisse sachliche Accessionen,[17] welche gleichfalls unter den Gesichtspunkt eines Erwerbsgrundes getellt zu werden pflegen, begründen in der That kein neues Eigenthumsverhältniß, sondern gewähren dem Eigenthümer bloß eine Wertherhöhung seiner Sache (*augmentum proprietatis*: *Ulp. fr. 9. § 4. D. de usufr. 7, 1; fundo accedit: Paul. fr. 7. pr. D. de peric. 18, 6*). Dies ist der Fall, wenn zu der Sache Jemandes Etwas so hinzukommt, daß das Hinzukommende im Körper dieser Sache aufgeht, d. h. fortan einen untergeordneten Theil (*pars*) derselben bildet; der dadurch Bereicherte hat nicht ein neues Object, nicht ein neues Eigenthum, und mithin ist die vollzogene Veränderung für ihn eine nur factische, keine rechtliche.

Fälle dieser Art sind a) Einverleibungen in eine Mobilie, z. B. Einwebung von Fäden in ein Gewand (*textura*), Färben von Stoffen (*tinctura*), Auftragung einer Schrift (*literae in chartis s. membranis: fr. 9. § 1. D. de acq. dom.*), Anschweißen ohne vermittelnden Stoff (*ferruminatio: fr. 23. § 3. D. de rei vind. 6, 1*); b) Einverleibungen in eine Immobilie, z. B. Säen und Pflanzen (*satio et implantatio*: *si radices egerit, terra coalescit: fr. 7. § 13. fr. 9. D. de acq. dom.*), Bauen (*inaedificatio*, mit Suspendirung der Vindicabilität: *fr. 7. § 10. eod.*), Bodenzuwachs durch Anschwemmung (*alluvio*: *incrementum latens*) oder Antreibung (*avulsio*: *incrementum patens*); *quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est, eam tuam permanere; plane si longiore tempore fundo meo haeserit, arboresque, quas*

secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse (*Gai. fr. 7. § 2. eod.*).

Ein besonderer Fall ist der Zuwachs durch natürliche Veränderung eines Flußbetts, sei es daß dieses vom Fluß verlassen (*alveus derelictus*) oder durch Entstehung einer Insel (*insula in flumine nata*) oder Versandung der Ufer verengert wird; *alveus derelictus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident, pro modo latitudinis cujusque agri, quae latitudo prope ripam sit* (*§ 23. J. eod.*), und nach demselben Princip vertheilt sich die Insel und der Uferzuwachs an die Adjacenten. In mancher Beziehung gelten die Insel und das verlassene Flußbett als ein selbständiges Grundstück (*veluti proprius fundus: Ulp. fr. 9. § 4. D. de usufr. 7, 1;* dazu *fr. 3. § 2. D. de aq. quot. 43, 20*); überhaupt aber fällt jede derartige Erweiterung hinweg, wenn die anliegenden Grundstücke *agri limitati* sind, denn solchenfalls ist das Neue zunächst Sache für sich und daher herrenlos (*fr. 1. § 6. 7. D. de flumin. 43, 12*).

§ **513**] IV. Verlust des Eigenthums. Eine Anzahl von Verlustgründen ergibt sich von selbst aus der vorhergehenden Betrachtung der Erwerbsgründe, indem in vielen Fällen dem Erwerb des Einen der vorausgehende Verlust des Anderen entspricht. Ueberhaupt kann der Verlust entweder ohne den Willen oder mit dem Willen des Eigenthümers eintreten.* Besondere Fälle sind: 1) ohne den Willen geht das Eigenthum verloren — abgesehen von der sacralen Weihung und dem natürlichen Untergang des Objects (z.B. durch *chasma fundi: Scaev. fr. 10. § 1. D. de peric. rei vend. 18, 6*) — a) durch Bildung eines dauernden Wasserspiegels über dem Grundstück (*ut stagnum, palus vel flumen jam sit: fr. 10. § 2. fr. 23. D. qu. mod. ususfr. am. 7, 4; fr. 10. § 1. cit.*); sonst *inundatio speciem fundi non mutat, et ob id, cum recesserit aqua, palam est, ejusdem esse, cujus et fuit* (*Gai. fr. 7. § 6. D. de acq. dom.*); b) durch völlige Entrückung: *si quis de manu mihi nummos excusserit, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta in flumen, vel in mare vel in cloacam ceciderunt* (*Ulp. fr. 27. § 21. D. ad leg. Aquil. 9, 2*); dagegen *cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti, an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi? ego dominium me retinere puto, possessionem non puto* (*Ulp. fr. 13. pr. D. de acq. poss. 41, 2*); c) durch Entkommen (eingefangner) wilder oder Verwildern gezähmter Thiere: *si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coërceatur; cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem libertatem se receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit; naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen ejus rei persecutio sit; in iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis, qui in silvas ire et redire solent, ta-*

---

*) Ueber die s. g. Auflösung oder Widerruflichkeit des Eigenthums *ex tunc* und *ex nunc* s. die Pandektenvorträge.

lem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant (*Gai. 2, 67. 68*).

§ **513**] 2) Mit dem Willen geht Eigenthum verloren, a) wenn der Eigenthümer einseitig sich der Sache durch einen körperlichen Act entäußert (*derelictio*), also entweder sie wegwirft (*§ 47. J. de rer. div. 2, 1*), entfliehen oder liegen läßt, um sich ihrer zu entledigen, oder die vorher abhanden gekommene Sache dann aufgibt: letzternfalls ist der körperliche Act in dem Unterlassen der erforderlichen Schritte der Wiedergewinnung enthalten, die concludente Derelictionshandlung ist hier eine negative Handlung.* Der bloße Entschluß, seine Sache nicht mehr haben zu wollen, genügt nicht: *differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit,*** *ut quisque constituit, nolle possidere* (*Ulp. fr. 17. § 1. D. de acq. poss. 41, 2*). Die Wirksamkeit der Derelictionshandlung war nach Ansicht der Sabinianer nicht bedingt durch folgende Occupation seiten eines Anderen (*Paul. fr. 2. § 1. D. pro derel. 41, 7*).† b) Wenn der Eigenthümer die Sache *alienationis causa*†† tradirt. Das Recht der Veräußerung kann auch einem Anderen, als dem Eigenthümer zustehen, z.B. dem Pfandgläubiger (*Gai. 2, 64*), oder durch Einwilligung eines Anderen bedingt seyn, z.B. beim *dotale praedium* (*Gai. 2, 63*).

Literatur: 1) Böcking Pand.-Inst. II. § 142. Anm. 15. 16. — 2) Dazu s. Rudorff Ueber d. Ackergesetz d. Sp. Thorius i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. X. S. 115 ff. — 3) Böcking II. S. 135. Anm. 32. — 4) Unterholzner Ausführl. Entwickl. d. Verjährungslehre (Leipz. 1828) II. S. 71—110. — 5) Stintzing d. Wesen der *bona fides* und des *titulus* i. d. Röm. Usucapionslehre (Heidelb. 1852). — 6) Möllenthiel Ueb. d. Natur d. guten Glaubens bei der Verjährung (Erlgn. 1820); v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 219 ff. II. S. 57 ff. — 7) Böcking II. § 147. S. 109. — 8) Huschke i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N.F. II. S. 141 ff. — 9) Puchta Curs. d. Instit. II. § 239. Anm. *m.* — 10) Rudorff Röm. Feldmesser II. S. 433 ff. Puchta § 234. Anm. *k*—*q*. — 11) Böcking § 145. Anm 16. — 12) Huschke i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV. No. 7. v. Scheurl Beitr. I. S. 94 ff. II. S. 34 ff. — 13) Verschiedene Ansichten über diese zweifelhafte Stelle s. bei Puchta § 241. Anm. *g.* Böcking § 153. S. 162—4, und v. Scheurl Beitr. I. S. 192. — 14) Ders. S. 206. Anders Puchta § 241. Anm. *m.* u. Böcking § 153. Anm. 8. — 15) Für die dem Geiste der Kaiserzeit und dem Wortlaut der Quellen kaum entsprechende Ansicht, daß der Fiscus u. s. w. Eigenthum nicht *ipso jure*, sondern nur eine *condictio ex lege*, d. h. ein Forderungsrecht auf *dare* erwerbe, s. Böcking § 150. Anm. 35. — 16) Böcking § 151. Anm. 1. — 17) Bechmann Zur Lehre v. Eigenthumserwerb durch Accession u. v. d. Sachgesammtheiten (Kiel 1867).

XIX. Kapitel.

IV. Schutz des Besitzes und Eigenthums.

§ **514**] I. Possessorische Interdicte. Der Gedanke, daß der Besitz um seiner selbst willen geschützt zu werden verdiene, mußte zuerst in Betreff des Grundbesitzes sich mit Nachdruck geltend

*) s. oben Cursus § 443. 460.
**) s. oben Cursus § 498.
†) s. Excurse S. 280.
††) s. oben Cursus § 448.

machen, und zwar mag der Prätor an zwei Punkten des Verkehrsbedürfnisses eingesetzt haben. 1) In den letzten zwei Jahrhunderten der Republik führten die inneren Verwirrungen und Bürgerkämpfe zu zahlreichen persönlichen Befehdungen und Gewaltakten gegen den Frieden und Besitzstand im Lande; um dieser öffentlichen Unsicherheit zu steuern, gewährte der Prätor ein besonderes Rechtsmittel dem zunächst Betheiligten, wenn *vis armata* gegen denselben angewendet war, um ihn aus dem Besitz seines Hauses oder Ackers zu verdrängen (Landfriedensbruch): *interdictum de vi armata s. de hominibus armatis,* neben welchem von Cicero (*pr. Caec. c. 31. 32*) noch das *interdictum quotidianum* für minder schwere Gewaltacte (*vis quotidiana*) genannt wird.[1] Später wird der Grad der Gewalt nicht mehr unterschieden, doch im Allgemeinen festgehalten, daß das Rechtsmittel nur im Falle auffallender Gewaltacte zu gewähren sei: *ad solam atrocem vim pertinet hoc interdictum* (*Ulp. fr. 1. § 3. D. de vi et de vi armata 43, 16*). Der gewaltsamen Besitzentziehung wurde der Fall der Vorenthaltung bittweise erhaltenen Grundbesitzes gleichgestellt und daher auch hier den Interessenten geholfen (*interdictum de precario*). Weniger Bedürfniß war es, den Grundbesitz gegen heimliche Besitznahme zu schützen, weil ein Grundstück selten ganz verlassen ist, oder die Rückkehr des vorigen Besitzers entweder den heimlichen Besitznehmer verscheuchen oder zu einem Gewaltact führen wird, durch welchen dann das Gewaltinterdict begründet seyn würde; dennoch war ein *interdictum de clandestina possessione* anerkannt (doch nur einmal erwähnt: *Julian* in *fr. § 5. D. comm. div. 10, 3*), welches aber wegfallen mußte, seitdem angenommen wurde, daß durch heimliche Occupation Besitz eines Grundstücks nicht verloren gehe.

Für bewegliche Sachen neben der *actio furti, vi bonorum raptorum* und *ad exhibendum* einen besonderen Besitzschutz gegen Raub oder Diebstahl zu gewähren, schien umsoweniger Bedürfniß (*fr. 1. § 6. D. de vi 43, 16*), da hier durch das *interdictum utrubi*, welches sich auch auf Besitzentsetzung erstreckte, viele Fälle vorgesehen waren; für den Fall einer Besitzvorenthaltung aber wurde das *interdictum de precario* dann auf Mobilien ausgedehnt (*Isid. Orig. 5, 25; Ulp. fr. 4. pr. D. de precario 43, 26*).

Demgemäß kennt das classische Recht zwei Interdicte wegen verlornen Besitzes (*interdicta recuperandae possessionis*), deren eines auf Immobilien beschränkt (*interd. unde vi*), das andere auf Mobilien ausgedehnt ist (*int. de precario*).

2) Schon frühzeitig muß bei länger andauernden Eigenthumsprocessen über Grundstücke das Bedürfniß einer einstweiligen Besitzentscheidung und eines Schutzes gegen (hier gerade ziemlich nahe liegende) Störungen gewesen seyn;* nachdem aber einmal hierfür vom Prätor gewisse Besitznormen festgestellt waren, lag es nahe, auch wenn der Besitz selbst und in erster Linie, zwischen Mehrern, deren Jeder den Be-

*) s. oben Cursus § 210. u. Excurse S. 145.

sitz sich zuschrieb, in Frage war, durch ein Gewaltverbot allgemein für Aufrechthaltung des Besitzstandes Sorge zu tragen.[2] Der solchenfalls gewährte Schutz gegen Störung des Besitzes wurde in Gestalt des *int. uti possidetis* für Grundstücke, in Gestalt des *int. utrubi* für Mobilien gewährt, ohne Unterscheidung besonderer Arten der Störung. Diese Rechtsmittel (*interdicta retinendae possessionis*) haben sich als gesonderte Interdicte bis in die nachclassische Zeit erhalten.[3]

§ **515**] 1) *Interdicta recuperandae possessionis:* a) *int. unde vi* auf Grund des Edicts: *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo* (*fr. 1. D. de vi 43, 16;* dazu *Cic. pr. Tull. c. 44*; *pr. Caec. c. 30*). Das Interdict ist auf Grundstücke beschränkt: *Ad eos tantum, qui de solo dejiciuntur, utputa de fundo, sive aedificio, et generaliter ad omnes pertinet, qui de re solo cohaerenti dejiciuntur; si quis de nave vi dejectus est, hoc interdicto locus non est, argumento ejus, qui de vehiculo detractus est, quem nemo dixit interdicto hoc uti posse* (*Ulp. fr. 1. § 3. 4. 7. D. eod.*). Es geht auf Wiedererlangung des Besitzes und Erstattung des etwa erlittenen (positiven oder negativen) Schadens, und zwar gegen den Dejicienten selbst, oder wenn die Gewaltthat von Sklaven ausging, gegen deren Herrn (*fr. 1. § 15. eod.*); gegen den *paterfamilias* oder (in Gestalt einer *in factum actio*) gegen die Erben des Dejicienten aber nur auf die etwaige Bereicherung, und nur mit dieser Beschränkung nach Verlauf eines *annus utilis* auch gegen den Dejicienten selbst (*fr. 16. fr. 1. § 39. 48. D. eod.*). Versagt war der Schutz, falls der *dejectus* selbst erst auf vitiöse Weise (*vi, clam, precario*) den Besitz vom Gegner vorher erlangt hatte, und nur wenn der jetzige Gewaltact mit *vis armata* verbunden war, kam jenes frühere *vitium* nicht in Betracht (*Gai. 4, 154*).

b) *int. de precario* auf Grund des Edicts: *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas* (*fr. 2. D. de precar, 43, 26*). Es geht auf Rückgabe und Schadensersatz gegen den Precaristen, oder gegen den Gewalthaber desselben, falls er um das *precarium* wußte, auch gegen die Erben (*fr. 8. § 8. D. eod.*); *si te ignorante, suo nomine vel servus vel filius rogavit, non videris tu precario habere, sed illi erit actio de peculio vel de in rem verso* (*fr. 13. eod.*). Von Anstellung des Interdicts an erweitert sich die Haftung auf *omnis culpa* (*fr. 8. § 3—6. eod.*).

§ **516**] 2) *Interdicta retinendae possessionis:* a) *int. uti possidetis* auf Grund des Edicts: *Uti eas aedes, quibus de agitur,* [*eum fundum, q. d. a.: Fest. v. possessio*[4]] *nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis: quominus ita possideatis, vim fieri veto; non pluris quam quanti res erit; intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam* (*fr. 1. D. uti poss. 43, 17*). Interdictberechtigt ist hiernach der Gestörte, wenn er im Augenblick des Interdicts den Besitz des Grundstücks hat.

b) *int. utrubi* auf Grund des Edicts: *Utrubi hic homo, de quo agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* (*fr. un. D. de utrubi 43, 31*). Das Besondere ist hier dies, daß, obwohl nominell das Interdict nur gegen Störung schützen will, doch auch wer den Besitz verloren hat, es anstellen kann, wofern er im Laufe des letzten Jahres den Besitz der Sache länger als der Gegner gehabt hat (*fr. 156. D. de V. S.;* wobei ihm überdies der Besitz seines *auctor* hinzugerechnet werden soll: *Gai. 4, 151*): „Das Innehaben im Augenblick des Interdicts erschien dem Prätor bei der beweglichen Sache allzu zufällig, um es als *jus possessionis* anzuerkennen.“[5] Das Interdict war hierdurch geeignet, für Mobilien unter Umständen statt des recuperatorischen Interdicts zu dienen.

§ 517] Die Interdicte gehen auf Verbot weiterer Störung, sowie Erstattung des durch Störung bereits erlittenen (positiven und negativen) Schadens (*fr. 1. pr. § 4. fr. 3. § 11. D. uti poss. 43, 17*), nach Ablauf eines Jahres von der erlittenen Störung an gerechnet nur auf die Bereicherung (*fr. 4. D. de interd. 43, 1*).

Es ist im Allgemeinen gleichgültig, wie der Besitz beschaffen sei, auf welchen der Kläger sich stützt, *justa an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert, qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet* (*Paul. fr. 2. D. uti poss. 43, 17*); nur wenn der Kläger den Besitz gerade seinem dermaligen Gegner entrissen hat, würde es ungerecht seyn, ihm diesem gegenüber Schutz angedeihen zu lassen: daher die Interdictsclausel *nec vi nec clam nec precario alter ab altero* (d. h. *vitium inter litigatores*); daß aber hiernach das *interd. uti possidetis* zur Wiedererlangung verlornen Besitzes, sei es zu Gunsten Klägers oder aber Beklagtens, führen könne, ist bestritten und wird von Mehreren schlechthin verneint,[6] während von Anderen die unbedingt recuperatorische Kraft behauptet wird[7]: nach ersterer Ansicht würde die *exceptio vitiosae possessionis* nur Abweisung des Klägers bewirken, nach der anderen aber, indem der Depossedirte dem klagenden Dejicienten gegenüber gleichsam als Besitzer behandelt wird, dem Kläger Herausgabe der Sache angesonnen werden; auch nach der letzteren Ansicht waren die eigentlichen *interd. recup. poss.* nicht überflüssig, denn sie gewährten den Vortheil, den Dejicienten auch dann, wenn er selbst den Besitz wieder aufgegeben hatte, und bez. zu weiterer Entschädigung (außer der Sachrückgabe), zu verpflichten.[8] — Ueberdies konnten die Interdicte als *duplicia* auch dann zu einer Verurtheilung des Klägers führen, wenn sich im Proceß herausstellte, daß nicht er, sondern Beklagter die Sache wirklich besitze.[9]

§ 518] II. *Rei vindicatio.* Der Besitzschutz kommt hauptsächlich dem Eigenthümer zugute, da die thatsächliche Verbindung des Eigenthums mit dem Besitz allenthalben die Regel ist[10]: der Eigenthümer kann, wenn er den juristischen Besitz (gehabt) hat, gegen Beeinträchtigungen Dritter sich mit den Besitzinterdicten begnügen (*fr.

24. D. de rei vind. 6, 1; fr. 12. § 1. D. de acq. poss. 41, 2), deren Anstellung wegen des verhältnißmäßig leichten Beweises ihres Klaggrundes sich von selbst empfehlen wird; um Schutz gegen den unmittelbaren Besitzstörer zu erlangen, dazu reichten die Interdicte innerhalb gewisser Grenzen aus. Allein wenn die besondere Besitzstörung (*vis*, *precarium*) nicht wohl erweislich, oder die Klagzeit verstrichen, oder ein Dritter in redlichen Besitz gekommen ist, muß Kläger, um Schutz zu erlangen, auf sein Eigenthum sich berufen und dessen Anerkennung vom Gegner verlangen. Die Klagen, mittels deren er solches thut, sind die Eigenthumsklagen.

Die Eigenthumsklage des Römischen Civilrechts, welche auf (Wieder-) Erlangung des Besitzes gerichtet ist, heißt *rei vindicatio;* dieselbe beruht auf der Intentio, *rem meam esse ex jure Quiritium* (daher auch *specialis in rem actio* genannt), und geht gegen denjenigen, welcher meinem Eigenthum durch Vorenthaltung des Besitzes die Anerkennung versagt (*unus casus!? § 2. J. de act. 4, 6*). Dem wirklichen Besitzer wird Derjenige gleich behandelt, *qui dolo desiit possidere* und *qui liti se obtulit* (s. g. *fictus possessor: fr. 27. pr. § 3. D. de rei vind. 6, 1*), *quia dolus pro possessione est* (*Paul. fr. 131. D. de R. J.*), auch der *detentor alieno nomine*, sofern er unterläßt oder sich weigert, den *possessor* (*dominus*) zu nennen (*fr. 9. D. eod.; l. 2. C. ubi in rem act. 3, 19*). Stellt der als Besitzer Belangte Besitzer zu seyn in Abrede, so erlangt Kläger ohne Weiteres Besitzeinweisung und zwar, wie es scheint, auf dem Wege eines besonderen Interdicts *Quem fundum*[11] (*fragm. Endlicherianum* und *fr. Vat. § 92; fr. 80. D. eod.*).

§ **519**] Die Vindication geht auf Leistung dessen, was sich als thatsächliche Consequenz der Eigenthumsanerkennung ergibt, also auf Rückgabe der Sache sammt allem Zugehörigen (*omnis causa*), z. B. Früchte und *partus ancillae;* der *bonae fidei possessor* hat nur die *fructus exstantes*, der *malae fidei possessor* sämmtliche *fructus* (auch *consumtos et percipiendos*) herauszugeben bez. zu ersetzen; auch der Erstere aber haftet von der Litiscontestation an für alle Früchte (*Gai. 4, 3; § 2. J. de off. jud. 4, 17*); die Sache selbst anlangend, so haftet der *malae fidei possessor* von Anfang an, der *bonae fidei possessor* von der Litiscontestation an für Untergang oder Verschlechterung derselben durch seinen *dolus* oder *culpa* (*fr. 16. 36. § 1. D. eod.*). Wenn die Restitution *in natura* durch Starrsinn vereitelt oder durch *dolus* des Verurtheilten unmöglich wird, so wird Kläger zum *jusjurandum in litem* gelassen (*fr. 68. eod.*), aber wenn so der letztere befriedigt ist, fällt dem Gegner das Eigenthum der Sache zu (*fr. 46. eod.*). Wegen *impensae* auf die Sache dieselbe zurückzuhalten (*jus retentionis, exceptio doli generalis*), hat der verklagte Dieb gar kein —, der sonstige *malae fidei possessor* ein beschränktes (wegen *impensae necessariae*) —, der *bonae fidei possessor* (unter Anrechnung der etwa gezogenen Früchte) ein erweitertes Recht (wegen *impensae necessariae* und *utiles*); überdies haben letztere

beiden ein *jus tollendi* (jener betreffs der *utiles*, dieser betreffs der *voluptariae impensae: fr. 38. eod.*). —

Alle diese Grundsätze sind gemeinsam ausgebildet worden für die eigentlich quiritarische Klage des alten Rechts und für die Eigenthumsklage auf Grund von Eigenthumsverhältnissen des neueren Rechts, in welchen Fällen die Intentio einfach auf *rem meam esse* gestellt wurde. — Nicht so einfach konnte der Prätor das *in bonis esse* schützen, vielmehr scheint es, daß er dem bonitarischen Eigenthümer mit derselben Fiction zu Hülfe kam, mit welcher überhaupt jeder Usucapionsbesitzer geschützt wurde, d. h. mit der auf die Fiction der Usucapionsvollendung gestützten *Publiciana in rem actio;* diese konnte dem bonitarischen Eigenthümer genügen, da er der etwaigen *exceptio dominii* seines Autors gegenüber die *replica doli* hatte,* und die Fiction war auch völlig anwendbar auf ihn, da er gleichfalls nach Ablauf der Usucapionsfrist quiritisches Eigenthum erwarb.[12] Da, wo der bonitarische Eigenthümer sein Recht nicht auf Tradition, sondern auf prätorische Universalsuccession gründete, gab es besonderen Klagschutz: so wenn er als prätorischer Erbe (*bonorum possessionis petitio* mit der Fiction, als ob er *heres* sei) oder als *bonorum emtor* im Concurs (entweder *actio Serviana* mit gleicher Fiction, oder *actio Rutiliana* mit der Formel eines Proceßvertreters) Sachen einklagen wollte (*Gai. 4, 34. 35*).**

§ **520**] III. *Negatoria in rem actio.* Ein Eigenthümer kann noch auf mancherlei Weise ohne Besitzentsetzung durch fremde Eingriffe beeinträchtigt werden, namentlich durch Anmaßung irgend welchen Rechts an der Sache, welches nicht durch Besitz der Sache bedingt ist. Solchenfalls ist kein Anlaß zur Vindication gegeben, es bedarf daher einer besonderen Klage, welche zur Abwehr *partieller Eingriffe* dient: diese ist die s. g. Negatorienklage, welche auf das Eigenthum gegründet ist und Wahrung der *libertas rei* bezweckt. Ihr wichtigster Anwendungsfall ist die fremde Anmaßung einer Servitut an meiner Sache, daher die Klage auch geradezu unter die *de servitutibus in rem actiones* gerechnet wird (*Ulp. fr. 2. pr. D. si serv. vind. v. negetur 8, 5*)*: competit domino aedificii, neganti servitutem se vicino debere* (*Ulp. fr. 3. § 7. eod.*)*;* aber auch in andern Fällen[13] ist die Klage statthaft, z. B. *si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet, jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se* (*Alf. fr. 17. eod.*). Da der einzige Klaggrund auch bei dieser Klage, wie bei der *rei vindicatio*, das Eigenthum ist, so hat der Kläger nur dieses, nicht noch besonders Freiheit des Eigenthums (von der anderseits behaupteteten Servitut), zu beweisen, vielmehr hat Beklagter die *exceptio servitutis* zu beweisen, selbst wenn er im Servitutbesitz seyn sollte.[14]

Die Klage geht auf Anerkennung der *libertas rei* durch Herstellung des entsprechenden Zustandes, also Rückgabe der (z B. wegen vermeintlichen Nießbrauchs detinirten) Sache, oder sonst Beseitigung des

*) s. oben Cursus § 492. **) s. oben Cursus § 265.

Eingriffs (z. B. *emendare vitium parietis: Paul. fr. 7. eod.*), bez. auf Schadensersatz und *cautio de non amplius turbando;* im Weigerungsfalle kann es auch hier zum *juramentum in litem* kommen (*fr. 7. 12. eod.*).

Wenn im Fall des Miteigenthums der eine *condominus* willkürlich mit der Sache verfährt, kann der Andere, um sein Veto auszuüben, nicht schlechthin negatorisch, sondern nur prohibitorisch klagen; *dici potest, prohibendi potius, quam faciendi esse jus socio, quia ille, qui facere conatur, quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit, si, quasi solus dominus, ad suum arbitrium uti jure communi velit* (*Marcell. fr. 11. eod.*): diese s. g. *actio prohibitoria*[15] ist eine modificirte Negatorienklage.

§ **521**] IV. *Publiciana in rem actio.* Da nach altem Recht im gewöhnlichen Verkehr nur auf dem Wege der *in jure cessio* oder *mancipatio* (*Cic. Top. c. 5*) Eigenthum erworben werden konnte, Erwerb von einem Peregrinen oder unsolenne Tradition nicht genügte, so bedurfte es der Ergänzung durch Usucapion, um in solchen Fällen, die zahlreich waren, die Sache in quiritisches Eigenthum zu bringen und dem Erwerber den Schutz der *rei vindicatio* zu verschaffen. Aber auch wer durch *in jure cessio* oder *mancipatio* oder Legat Eigenthümer geworden, mochte gern sich auf Usucapionsablauf berufen, um so des oft unsäglich schwierigen Beweises derivativ erworbenen Eigenthums (*probatio diabolica!*) überhoben zu seyn, denn solcher Beweis setzte voraus, daß des *auctor* Befugniß zur Eigenthumsgewährung mit erwiesen wurde. Darum musste dem Prätor nahe liegen, nun auch unerwartet der Usucapionsvollendung dem Ersitzenden Schutz zu gewähren, d. h. die laufende Usucapion wie ein werdendes Eigenthum zu behandeln, und dem, der begründete Aussicht auf volles Eigenthum hatte, gegen Jedermann, der nicht selbst eben (quiritarischer oder bonitarischer) Eigenthümer war, Klagrecht zu ertheilen. Ein solcher Schutz kam nicht bloß dem prätorischen Eigenthümer, sondern Jedem zugute, welcher einen Erwerbstitel* für sich anführen konnte, sofern ihm nicht unentschuldbarer Irrthum über den Titel oder Unredlichkeit im Augenblick des Erwerbs eingehalten und nachgewiesen wurde; er hieß nach dem Prätor *Publicius*, welcher ihn im Edict einführte, *actio Publiciana.*** Diese Klage gewährte nur einen relativen Schutz, wenn der Usucapionsbesitzer noch den Angriff eines quiritarischen oder bonitarischen Eigenthümers zu fürchten hatte, allein wo dies nicht der Fall war (sei es, daß es keinen gab, oder der vorhandene mit der *exceptio* oder *replica doli* überwunden werden konnte), war der Schutz ein absoluter, und das Verhältniß zur Sache eben das in *bonis habere.*

Die neue Klage diente hiernach einem dreifachen Zweck: sie half dem quiritarischen Eigenthümer, der vindiciren wollte, über die Beweisschwierigkeit hinweg, umgab den bonitarischen Eigenthümer mit einem allseitig wirksamen Schutz, und bewahrte Jeden, der eine Sache

---

*) s. oben Cursus § 502. **) Ihre Formel s. Excurse S. 226. (No. 13).

auf äußerlich ordnungsmäßige Weise erworben hatte, vor willkürlichen Angriffen Anderer; m. a. W. dem Civileigenthümer ersetzte sie die *vindicatio* und jedem Usucapionsbesitzer das Eigenthum, *Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit* (*Ulp. fr. 7. § 6. D. de Publ. in rem act. 6, 2*). Das in den Digesten mitgetheilte Edict drückte sich allerdings beschränkt aus: *si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo* (*fr. 1. eod.*),[16] allein die Klage blieb nicht auf Traditionsfälle beschränkt, *quaecunque sunt justae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nancti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio* (*Gai. fr. 13. eod.*).

§ **522**] Es ergibt sich übrigens aus dem Gesagten, daß die *Publiciana* in gewissen Punkten minder kräftig als die eigentliche Vindication ist, denn 1) der im Publicianischen Streit Unterliegende kann noch mit der Vindication den Eigenthumsstreit erheben, ohne der *exceptio rei judicatae* ausgesetzt zu seyn, und 2) der Publicianische Kläger kann trotz seines titulirten Besitzes unterliegen, wofern auch der Beklagte Usucapionsbesitz hat, denn *in pari causa melior est conditio possidentis:* solchenfalls würde nach der von Ulpian gebilligten Ansicht Julian's Kläger nur dann siegen, wenn Beklagter seinen Besitz von demselben Auctor und zwar später erhielt (*fr. 9. § 4. D. eod.;* abweichend *Neratius* in *fr. 31. § 2. D. de act. emti 19, 1*).

Wie der bonitarische Eigenthümer, der die Sache vom quiritarischen tradirt erhalten, gegen diesen, so hat auch der Usucapionsbesitzer, der von einem Nichteigenthümer erwarb, wenn dieser etwa nachher noch Eigenthümer geworden ist, die *exceptio* bez. *replica rei venditae et traditae; si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque sibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronii heres exstiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait, aequius esse, priorem* [*Praetorem*] *te tueri: quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summoveretur, et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres* (*Pomp. fr. 2. D. de exc. rei vend. 21, 3* und wörtlich gleich *Ulp. fr. 4. § 32. D. de doli exc. 44, 4*). Es lag in dieser Theorie Julian's eine gewisse Annäherung des Usucapionsbesitzes an das wirkliche Eigenthum mit seinen objectiven Consequenzen, und dieselbe Tendenz zeigt sich in den Fällen, da ohne vorhergängigen Besitzerwerb die *Publiciana* gewährt wird, weil die Analogie des Eigenthums vorliegt, z. B. *partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emtorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo, qui emit, possessus non sit* (*Ulp. fr. 11. § 2. D. de Publ. 6, 3*), oder *is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana Paul. fr. 12. § 1. eod.;* auch *fr. 15. eod.*). — Ueberhaupt stimmt, was das sachliche Ziel des Processes (Herausgabe der Sache *cum omni causa*) anlangt, die *Publiciana* mit der *vindicatio* überein: *in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus* (*Ulp. fr. 7. § 8. eod.*).

Literatur: 1) v. Savigny d. Lehre v. Besitz § 40 a. A. — 2) Ders. § 37. Witte jun. d. *Interdictum uti possidetis* als Grundlage des heut. *possessor. ordinar.* (Leipz. 1863) S. 40. v. Bethmann-Hollw. Röm. Civilproc. I. S. 203. II. S. 236. 372. — 3) Schilling Institut. II. § 143. Anm. o. — 4) v. Savigny § 12 a. E. Huschke Ueber die Stelle des *Varro* v. d. Liciniern (Heidelb. 1835) S. 110 ff. — 5) v. Bethm.-H. II. S. 372. Anm. 142. — 6) Schmidt d. Interdictenverfahren d. Römer S. 112 ff. Brinz Pand. § 31. Pagenstecher d. Lehre d. R. R. v. Eigenthum. Abth. 3. § 16. — 7) v. Keller i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. XI. S. 321 ff. Witte S. 66. Rudorff in Savigny's Besitz (7. Aufl.), Anhang S. 698. v. Bethm-Hollw. II. S. 376. — 8) Witte S. 80. — 9) Vergl. Albert Ueb. d. *interd. uti poss.* d. Römer (Halle 1824) und Wiederhold d. *interd. uti poss.* und d. *operis novi nuntiatio* (Hanau 1831). — 10) Vergl. dazu Ihering Geist d. R. R. III. S. 340. und Beiträge z. Lehre v. Besitz (Jahrbb. f. Dogmatik IX.) S. 52. 65—76. — 11) Rudorff Ueb. d. *interd. Quem fundum* u. die demselben nachgebildeten Rechtsmittel, i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IX. No. 2. — 12) Puchta Curs. d. Instit. II. § 236. Anm. ee—hh. — 13) Dagegen Schmidt v. Ilmenau i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XV. S. 170—5. — 14) Mackeldey Lehrb. d. Röm. R. § 293. Anm. ee. Albert Ueber d. Besitz unkörperlicher Sachen od. s. g. Gerechtigkeiten (Leipz. 1826) § 168—180. Schilling Instit. § 202. Anm. q. und Puchta Curs. § 233 a. A. — 15) s. Zachariae v. Lingenthal i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XII. No. 8. u. Rudorff in Puchta's Curs. II. § 232. Anm. aa. — 16) Ueb. d. Worte d. Edicts s. Glück Commentar Thl. VIII. S. 315 ff. Zimmern im Rhein. Mus. III. S. 339 ff. Unterholzner ebendas. V. S. 15. Mayer i. d. Zeitschr. für gesch. Rechtsw. VIII. S. 21 ff.

Zweiter Titel.

Die Servituten.[1]

XX. Kapitel.

I. Die rechtliche Natur und die einzelnen Arten.

A. Allgemeine Grundsätze.

§ **523**] I. Begriff, Inhalt und Besitz der Servituten. Es entsteht häufig das Bedürfniß, Jemandem an einer fremden Sache irgend welche Vortheile, welche aus dem natürlichen Wesen und Bestand derselben fließen, rechtlich zu sichern; ist diese Sicherung durch Errichtung einer unmittelbaren Herrschaft neben dem Eigenthum gewährt, so erscheint die Sache einem zweiten Willen neben dem des Eigenthümers unterworfen, *servit res.** Servitut ist demgemäß das dingliche Recht an fremder Sache, vermöge dessen Jemandem unabhängig vom Willen des Eigenthümers bestimmte Vortheile aus dem natürlichen Wesen und Bestand der dienenden Sache gesichert sind.

Aus dieser Grundidee ergibt sich 1) der Unterschied der Servitut vom Eigenthum, daß, während letzteres gemäß seiner natürlichen Un-

*) s. oben Cursus § 484.

bestimmbarkeit überall gleichartig seyn muß, die Servitut vermöge ihrer inneren Bestimmtheit und Begrenztheit sehr verschiedenartig seyn kann. Es gibt Eine Art Eigenthum, aber viele Arten der Servitut; so viele Arten derselben sind denkbar, als es Arten gibt, einer Sache direct oder indirect Vortheile abzugewinnen, und die Artbestimmung ist für sie zugleich eine Wesensbestimmung. Es gehört daher die Unterscheidung der verschiedenen Arten wesentlich zur begrifflichen Entwicklung und Verarbeitung dieses Instituts, und es gibt außer dem Obligationenrecht keinen Theil des Privatrechts, welcher ein so reiches Bild lebendiger Gliederungen böte: wie im Obligationenrecht die Ausbeutung der persönlichen Leistungskraft der Menschen, so ist im Servitutenrecht diejenige der natürlichen Leistungskraft der Sachenwelt rechtlich organisirt. Es ergibt sich aber auch 2) das Verhältniß zwischen Servitut und Eigenthum, daß jene zwar in die Willenssphäre des Eigenthümers eingreift, aber ohne das Eigenthum in seinem Wesen anzutasten; das Eigenthum bleibt auch neben der Servitut eine auf die ganze Sache und in allen Richtungen sich erstreckende Herrschaft, die gegen Jedermann verfolgbar ist mit alleiniger Ausnahme des Servitutberechtigten in Ansehung des Umkreises der Servitut. Diese Beschränkung des Eigenthümers ist nicht eine Beschränkung des Eigenthums, sondern nur eine Beschränkung in der Ausübung oder Ausnutzung des Eigenthums, denn das Eigenthum ist ein absolutes Verhältniß und die Servitut nur eine relative Schranke, d. h. es behält der Eigenthümer das Recht, Alles das vorzunehmen, was den Inhalt der Servitut ausmacht, jedem Dritten gegenüber, z. B. das Recht Früchte zu ziehen oder höher zu bauen, indem nur die Person des Servitutberechtigten eine Schranke bildet. Sonach besteht die Servitut nicht in der Ablösung und Herausnahme eines Eigenthumsbestandtheils, sondern nur in einem prävalirenden Mitrecht des Servitutberechtigten an dem betreffenden Eigenthumsbestandtheil, und das Eigenthum ist nicht als verkürzt, geschmälert, sondern nur als gebunden und unfrei zu denken; und es folgt weiter daraus, daß, sobald die Servitut wegfällt, von selbst das Eigenthum frei und der Eigenthümer unbeschränkt ist.

Diese Anschauung liegt dem Römischen Recht zu Grunde, obschon der Ausspruch des Paulus: *ususfructus in multis casibus pars dominii est* (*fr. 4. D. de usufr. 7, 1*) zu widersprechen scheint, denn offenbar meint der Jurist hier nur die Werthverringerung des Eigenthums, welche gerade dem Nießbrauch gegenüber nahe liegt zu betonen (*fr. 3. § 2. eod.*): ein Gedanke, welcher auch in den Ausdrücken *fundus detracto usufructu* (z. B. *fr. 4. D. si ususfr. pet. 7, 6*) und *fundus optimus maximus* (z. B. *fr. 169. D. de V. S.*) angedeutet liegt; ausdrücklich bemerkt Ulpian, daß eine *acceptilatio ususfructus vel viae* nicht eine *acceptilatio partis* sei (*fr. 13. § 2. D. de acceptil. 46, 4*), und hiermit stimmt Paulus selbst überein, wenn er sagt: *Quod nostrum non est, transferemus ad alios, veluti is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest* (*fr. 63. D. de usufr. 7, 1*).

§ 524] Wie die Servitut begrifflich das Eigenthum nicht aufhebt, so soll sie dasselbe auch nicht praktisch werthlos machen, weil die Idee des Eigenthums dann zum leeren Spiel im Verkehr herabsinken und für Viele eine Illusion werden würde: es ist demgemäß dem Römischen Servitutbegriff das juristische Metrum beigegeben, daß durch keine Servitut der Eigenthumsinhalt völlig erschöpft werden dürfe; *ne in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis exstingui usumfructum et ad proprietatem reverti* (*Gai. fr. 3. eod.*). Dieses Metrum kann sachlicher oder zeitlicher Art seyn, indem die Servitut entweder nur eine einzelne Seite der Ergibigkeit der Sache, oder nur eine vorübergehende Ausnutzung derselben zum Inhalt hat: jenes Metrum ist den Prädialservituten, dieses den Personalservituten eigen.

In dem ersteren Falle erscheint der Eigenthümer in der Ausübung seines Eigenthums verhältnißmäßig wenig beeinträchtigt, und daher ist die Errichtung derartiger Servituten das natürliche Ergebniß freundnachbarlichen Verkehrs, während in dem anderen Falle für die Dauer der Servitut der Eigenthümer fast verdrängt, das Eigenthum thatsächlich suspendirt scheint, und dem Verhältniß eine gewisse Künstlichkeit anhaftet: es ergibt sich hieraus die geschichtliche Priorität der Prädialservituten, sowie die größere Mannichfaltigkeit ausgebildeter Typen derselben.

§ 525] Außerdem sind im Römischen Recht noch besondere Grundsätze entwickelt worden, wodurch das Gebiet der Servituten genauer begrenzt, und der Verkehrswerth des Eigenthums gewahrt wird: 1) Servituten, die für die Dauer bestimmt sind, sollen nur in Anknüpfung an ein Grundstück bestellt werden, so daß immer der jeweilige Eigenthümer des Grundstücks und lediglich dieser servitutberechtigt ist. Diese Servituten haben ein Grundstück (*res s. praedium dominans*) zur Voraussetzung, gleich als wäre dasselbe das Subject* der Servitut (*praedium, cui servitus debetur — non hominis, sed praedii est servitus: Pomp. fr. 20. D. de serv. pr. rust. 8, 3*), oder die Servitut eine ihm anhaftende Eigenschaft (*praedium qualiter se habens, ut bonitas, salubritas, amplitudo: Cels. fr. 86. D. de V. S.*), und heißen daher ***servitutes rerum s. praediorum*** (Real- oder Praedialservituten: *fr. 1. § 1. D. communia praedior. 8, 4*). 2) Für die inhaltreicheren und daher nur zeitweiligen Bestand habenden Servituten ist der Grundsatz festgestellt, daß sie an der Person hängen sollen, für welche sie bestellt sind: sie sind demgemäß von der Lebensdauer einer bestimmten Person abhängig, gehen mit derselben von selbst unter und heißen daher ***servitutes personarum s. hominum*** (Personalservituten: *fr. 15. pr. D. de serv. 8, 1*).**

In beiden Fällen erscheint die Servitut als ein unselbständiges, ge-

---

*) s. Excurse S. 384.

**) Ueber die bei Neueren vorkommende Eintheilung in *servitutes regulares* und *irregulares* s. die Pandektenvorträge.

bundenes Vermögensrecht, ihr ist die freie Wanderung durch die Personen versagt; die Prädialservitut kann nicht vom Eigenthum eines bestimmten Grundstücks, die Personalservitut nicht aus der Vermögenssphäre eines bestimmten Individuums abgelöst werden, jene ist nur als Anhang des Eigenthums, diese überhaupt nicht vererblich oder veräußerlich, und in der Consequenz solcher Unveräußerlichkeit liegt der weitere Rechtssatz: *servitus servitutis esse non potest* (*Paul. fr. 1. D. de usu per legatum 33, 2*). — Auch diese Gebundenheit bietet eine (indirecte) Garantie gegen unverhältnißmäßige Ausbeutung des Sachwerthes auf Kosten des Eigenthümers.[2]

§ **526**] Ohne Rücksicht auf das Eigenthum bestimmt sich, und zwar positiv, der Servitutbegriff durch den Karakter der Dinglichkeit: die Servitut ist nicht ein Recht gegen die Person des Eigenthümers, sondern ein Recht an der Sache desselben; *servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia* (Baumgruppen) *tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat* (*Pomp. fr. 15. D. de serv. 8, 1*); daher gilt im Allgemeinen der Satz, daß die Mittel der Servitutausübung nicht vom Eigenthümer der dienenden Sache zu beschaffen sind: *in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cujus res servit* (*Ulp. fr. 6. § 2. D. si serv. vind. 8, 5*). Dagegen darf sich der Eigenthümer der dienenden Sache keine Hemmung der Servitutausübung erlauben, weder durch positives Handeln, noch durch Unterlassen; als unerlaubtes Vereiteln durch Unterlassung gilt, wenn man das Gebäude verfallen läßt, welches eine fremde Last zu tragen hat, oder vom Sturme über den Weg geworfene Bäume liegen läßt; in solchen Fällen den Eigenthümer zu einem Handeln nöthigen zu können, liegt in der natürlichen Consequenz der Servitut: *evaluit Servii sententia, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda* (*fr. cit.*) und *si arbores vento dejectas dominus non tollat, per quod incommodior sit ususfructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiundum* (*Pomp. fr. 19. § 1. D. de usufr. 7, 1*); doch fällt auch hier der Zwang weg, wenn der Eigenthümer die hinderlichen Stücke derelinquirt.

Zu dieser Begriffsbestimmung kommt ein positivrechtliches Moment hinzu: der Inhalt der Servitut muß einem vermögensrechtlichen Interesse (sei es direct oder indirect) dienen, denn wo dieses gänzlich fehlte, würde die Einschränkung des Eigenthümers einer bloßen Spielerei zu Liebe geschehen; *ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut coenari in alieno possimus, servitus imponi non potest* (*Paul. fr. 8. D. de serv. 8, 1*), und dies gilt so gut für Personal-, wie für Prädialservituten: *quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia* (*Pomp. fr. 15. pr. D. eod.*). Für die

Prädialservitut aber, bei welcher das herrschende Grundstück den Maßstab des Interesses abgeben muß, ergibt sich das Erforderniß, daß die Servitut wirklich dem herrschenden Grundstück zur regelmäßigen Werthserhöhung gereicht und nicht bloß einzelnen, sondern voraussätzlich allen successiven Eigenthümern Vortheil bringt: daher a) *omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest* (*Paul. fr. 28. D. de serv. pr. urb. 8, 2*), und b) *Neratius ait, nec haustum pecoris nec appulsum posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat* (*Ulp. fr. 5. D. de serv. pr. rust. 8, 3*).[3]

§ 527] Servitutbesitz (*juris s. quasi possessio*). Wie das Eigenthum im Sachbesitz seinen organischen Ausdruck findet, so die Servitut in einem solchen Verhalten zur dienenden Sache, welches geeignet ist, den Inhalt der Servitut augenfällig zu machen; Servitutbesitz ist Servitutausübung, in ihrer Ausübung zeigt die Servitut ihre Gestalt: demgemäß stellt Ulpian *possessio corporis* und *juris* (*i. e. servitutis*), *possidere* und *uti* nebeneinander (*fr. 2. § 3. D. de precar. 43, 26*); noch zur Zeit Labeo's war dieser Begriff unentwickelt, aber Javolen[4] macht davon bereits Anwendung auf die *traditio: puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse* (*fr. 20. D. de serv. 8, 1*). Der Wille des Servitutbesitzers ist verschieden von dem Willen des Sachbesitzers, d. h. er ergreift die Sache nicht so, wie dieser es thut, selbst wenn die Servitut die Sache nach ihrem ganzen natürlichen Bestand in Anspruch nehmen sollte, wie z. B. der Nießbrauch: *usufructuarius servum non possidet, sed habet jus utendi fruendi* (*Gai. fr. 10. § 5. D. de acq. dom. 41, 1*); aber wie bei dem Sachbesitz, so genügt auch hier nicht eine äußere Thatsache, sondern das Wesentliche ist die Willensrichtung, d. h. das bestimmte Verhalten zur Sache muß von dem Willen getragen seyn, gegenüber dem Eigenthümer ein Recht auszuüben: *si per fundum tuum commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur non facturus, inutile est ei hoc interdictum, nam ut competat, jus fundi possedisse oportet* (*Cels. fr. 7. de itiner. 43, 19*) — *eum qui propter incommoditatem rivi aut propter ea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum* (*Ulp. fr. 1. § 6. eod.*). Einen solchen Servitutwillen hat namentlich der Besitzer eines mit einer Prädialservitut ausgestatteten Grundstücks: *intelligitur possessionem servitutium habere, qui aedes possidet* (*Jul. fr. 32. D. de serv. pr. urb. 8, 2*). Darauf, ob der Ausübung wirkliche Berechtigung entspreche, kommt nichts an: *Praetor non inquirit, utrum habuit jure impositam servitutem, an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit* (*Ulp. fr. 1. § 2. D. de itin. 43, 19*).

Dagegen ist nicht Servitutbesitzer, wer die Servitut in fremdem Namen ausübt: *servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit, ideoque si quis pro alterius servitute usus sit, interdictum non competit* (*Paul. fr. 25. D. quemadm. serv. am. 8, 6*); ein solcher ist vielmehr

nur stellvertretender Besitzer nach Analogie eines *detentor alieno nomine*, eigentlicher Servitutbesitzer ist der Vertretene: *is, cujus colonus aut hospes aut quis alius* [*amicus?*] *iter ad fundum fecit, usus videtur itinere et idcirco interdictum habebit* (*Ulp. fr. 1. § 7. D. de itiner. 43, 19;* dazu *fr. 3. § 4. eod.*).

§ **528**] Vorzugsweise mit Rücksicht auf den Besitz ist es daher wichtig, die Servituten nach ihrem Inhalt zu classificiren, denn nach dem Inhalt bestimmt sich die Art der Ausübung und die Form des Besitzes. Man unterscheidet danach 1) affirmative und negative Servituten: a) affirmative sind solche, welche dem Eigenthümer der *res serviens* ein Dulden (*pati*) auferlegen, d. h. ihn nöthigen, sich eine die Sache berührende (positive) Thätigkeit oder Vorrichtung des Anderen gefallen zu lassen: dahin gehören alle Personal-, sowie Feldservituten; b) negative sind solche, welche dem Eigenthümer gewisse Schranken in Ansehung seiner auf die Sache einwirkenden Thätigkeit ziehen, und also ein Unterlassen (*non facere*) zu Gunsten des Anderen ansinnen. Bei den affirmativen Servituten nimmt der Besitz eine bestimmte sinnliche Gestalt an, z. B. bei der *servitus viae* oder *tigni immittendi*, während bei den negativen der Besitz ein an sich ausdrucksloser Zustand ist, und daher nur im Fall eines Zuwiderhandelns des Eigenthümers sinnenfällig werden kann, z. B. bei der *servitus altius non tollendi,* wenn der Eigenthümer Anstalt oder Anfang macht, höher zu bauen und der Nachbar wirksamen Einspruch erhebt.

2) *Continuae* und *discontinuae:* a) *continuae* sind die in einer fortdauernden Vorrichtung oder Unterlassung bestehenden (s. g. *servitutes habendi* und *prohibendi*), und b) *discontinuae,* die nur in einzelnen Wiederholungsacten auftretenden Servituten (s. g. *serv. faciendi*): *tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem, nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur* (*Paul. fr. 14. pr. D. de serv. 8, 1*).

3) Servituten mit voller und mit periodischer Ausübung, je nachdem derselben kein Zeitmaß oder aber bestimmte Intervalle gesetzt sind, z. B. Wasserleitung *alternis annis, mensibus*, oder *alternis diebus, horis*, oder auch *tantum nocte, una hora quotidie* (*Paul. fr. 7. D. quemadm. serv. am. 8, 6*).

Auch in anderer Weise können Servituten an einen bestimmten *modus* (der Ausübung) gebunden werden (*adjectio s. determinatio modi*): *modum adjici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, veluti ut equo dumtaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur* (*Pap. fr. 4. D. de serv. 8, 1;* dazu *Javolen* in *fr. 13. § 1. D. de serv. pr. rust. 8, 3*).

§ **529**] Für alle Arten der Servituten gilt, daß durch ihre Ausübung der Eigenthümer nicht unnöthiger Weise belästigt werden darf: *si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito* (*videlicet per quamlibet ejus partem*) *ire agere licebit, civiliter modo; nam quaedam in sermone tacite excipiuntur, non enim per villam*

ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aeque commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento; verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae ejus potestatem haberet (*Cels. fr. 9. eod.*; dazu *fr. § 5. § 1. D. de itinere 43, 19*).

Endlich liegt es in der Natur der Sache, daß die Servitutausübung eine untheilbare ist, weil der Genuß der Vortheile, welche die Sache bietet, nur in der genießenden Person, aber nicht in objectiven Umständen Grenze und Maßstab findet*: *servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat* (*Pomp.* in dem Cramer'schen Fragment,** s. Bonner *Corp. jur. antejust. I. p. 168*), daher *viae itineris pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est; et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt; et si promissor decesserit, pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est* (*Pomp. fr. 17. D. de serv. 8, 1*). Eine Ausnahme macht einzig der *ususfructus*, sofern derselbe in dem Anspruch auf die Früchte einen objectiv theilbaren Werthbetrag enthält: *usus pars legari non potest; frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus* (*Paul. fr. 19. D. de usu 7, 8*).

B. Die einzelnen Servitutarten.

§ **530**] I. *Servitutes praediorum.* Gleichwie *mancipia rustica* und *urbana* nicht nach ihrem Aufenthalt in Land oder Stadt, sondern nach ihrer dienstlichen Bestimmung unterschieden werden, so auch *praedia rustica* und *urbana* nicht nach ihrer Lage, sondern nach ihrem wesentlichen Gebrauch für den Menschen: diese sind Grundstücke zum Wohnen, jene aber Grundstücke zu natürlicher Production. Da nun Prädialservituten solche Servituten sind, die an *praedia* gebunden sind, und bei ihnen das *praedium dominans* für die Ausübung der Servitut maßgebend ist (s. oben § 526 a. E.), so wird überhaupt die Art der Servitut durch den Karakter des *praedium dominans* bestimmt; es werden danach *servitutes praediorum rusticorum* (*servitutes rusticae*, Rusticalservituten, Felddienstbarkeiten) und *praediorum urbanorum* (*servitutes urbanae*, Gebäudedienstbarkeiten) unterschieden, und wo von beiden etwas zusammentrifft, entscheidet die Prävalenz: „ist die *servitus altius non tollendi* zum Besten eines Hauses gegeben, an dem ein Hof oder Garten sich befindet, so ist sie dennoch *praedii urbani*, und die *servitus calcis coquendae* ist *praedii rustici*, auch wenn man dabei die Herstellung der Wirthschaftsgebäude des Landguts im Auge hat, denn sie werden hier als Accession des *praedium rusticum* betrachtet, und dieses ist es, welches in ihnen jenen Vortheil empfängt".[5]

---

*) Ueber die weitere Bedeutung des Servitutendogmas von der Untheilbarkeit s. Excurse zu diesem Kapitel No. II.

**) s. Excurse S. 297.

Die Feldservituten dienen den wirthschaftlichen Interessen (Acker-, Weinbau, Viehzucht u. s. w.) und reichen zum Theil in verhältnißmäßig alte Zeit hinauf, die Gebäudeservituten beruhen vornehmlich auf Luxuszwecken und sind wohl jüngerer Entstehung.* Beispiele der ersteren finden sich bei *Cic. pr. Caec. 13. 19. 26.* in ziemlicher Anzahl, einige Beispiele der anderen bei *Cic. de Orat. 1, 38.* Ob die in den XII Tafeln über *via* enthaltenen Bestimmungen den Servitutbegriff zur Voraussetzung haben, ist zweifelhaft.[6]

§ **531**] 1. *Servitutes praediorum rusticorum.* a) Wegegerechtigkeiten: aa) *Iter* (Fußweg) d. h. *jus eundi ambulandi per fundum* und zwar nicht bloß zu Fuß, sondern auch in Sänfte (*lectica, sella*) oder zu Roß: *fr. 1. 7. 12. D. de serv. pr. rust. 8, 3.* bb) *Actus* (Viehtrieb) d. h. *jus agendi jumentum* und zwar ohne oder mit Geschirr (*vehiculum, plaustrum*); letzteres kann aber ausgeschlossen seyn (s. g. *actus minus plenus*): *fr. cit.* cc) *Via* (Fahrstraße) d. h. das Recht, das Grundstück nicht bloß zum Hindurchfahren auf jede beliebige Weise, sondern auch zum Hindurchschleifen und Hindurchtragen schwerer und hoher Gegenstände zu benutzen (*trahendi et hastam rectam ferendi*: *fr. 7. cit.*). Die Grenze zwischen den dreien** scheint immer geschwankt zu haben, unter *via* aber eine künstlich hergerichtete feste Straße, wie sie für regelmäßiges Fahren geeignet ist, verstanden worden zu seyn;[7] die Breite derselben mußte im Zweifelsfall dem gesetzlichen Maß öffentlicher Wege entsprechen: *viae latitudo ex lege XII tab. in porrectum octo pedes habet, in anfractum, i. e. ubi flexum est, sedecim* (*Gai. fr. 8. eod.*), während die Breite des *iter* oder *actus* im Zweifelsfall durch einen *arbiter* zu bestimmen war (*fr. 13. § 2. eod*). Ist der gewährte Weg für Vieh und Wagen zu eng, so gilt er als *iter*, ist er für Vieh genügend, aber für Wagen zu eng, so gilt er als *actus* (*fr. 13. D. de serv. 8, 1*); regelmäßig begreift die vollere Servitut zugleich alle Gerechtsame der geringeren in sich: *iter et actum in se via continet* (*Ulp. fr. 1. D. de serv. vind. 8, 5*). dd) *Navigandi servitus* d. h. Wasserstraße über einen fremden See (*Paul. fr. 23. § 1. D. de serv. pr. rust.*).

§ **532**] b) Wassergerechtigkeiten: aa) *aquaeductus*† (auch *aqua* schlechthin) entweder als bloße Durchleitung (*iter aquae*) z. B. aus einem den *fundus serviens* berührenden *flumen publicum* (*fr. 3. § 2. D. de aq. quot. 43, 20*), oder als Herleitung aus dem Quell, Bach oder Fluß des Nachbars selbst (*fr. 4. eod.*); wegen des Erfordernisses der *perpetua causa* muß die *aqua perennis* (*fr. 1. § 5. eod.*) oder *viva* im Gegensatz der *cisterna* seyn (*fr. 1. § 4. D. de fonte 43, 22*). Die Leitung kann entweder in offenem Rinnsal (*apertus rivus*) oder mittels Röhren geschehen (*fr. 15. D. de serv. pr. rust.*), durch ausgemauerte Kanäle (*per lapidem stratum*) nur, wenn dies bei der Servituterrichtung zugestanden ist (*fr. 17. § 1. D. de aqua 39, 3*). bb) *Aquae haustus*,

---

*) s. oben Cursus § 125. **) Ueber ihre Eigenschaft als *res mancipi* s. Excurse S. 400.
†) *res mancipi*: s. die vorige Anmerkung.

d. h. Wasserschöpfung aus dem Quell, Bach oder Fluß, oder auch einem Brunnen (*fr. 1. § 6. D. de aq. quot. 43, 20*) des Nachbars; nothwendig mit (beschränkter) Wegegerechtigkeit verbunden: *qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum* (*Ulp. fr. 3. § 3. D. de serv. pr. rust.*). cc) *Pecoris ad aquam appulsus* (Viehtränke), welche Wasserbezug und Viehtrieb zu diesem Zweck vereinigt (*fr. 5. § 1. eod.*). dd) *Servitus aquam non quaerendi* zur Verhinderung des Wasserabgrabens: *jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia* (*Pomp. fr. 15. pr. de serv. 8, 1; fr. 1. § 28. D. de aq. quot. 43, 20*).

§ **533**] c) Einer anderen Gruppe von Nutzungsrechten gehören folgende Servituten an: aa) *servitus pascui i. e. pecoris pascendi* (*fr. 4. D. de serv. pr. rust.*), neben welcher, insoweit dadurch das dienende Grundstück nicht erschöpft wird, der Eigenthümer Mithutung (*jus compascui*) ausüben darf;[8] bb) *jus silvae caeduae* d. h. Holzschlag zu gewissen Zwecken, z. B. *ut pedamenta* (Weinpfähle) *ad vineam sumantur* (*fr. 3. § 1. fr. 6. § 1. eod.*); cc) *jus calcis coquendae* d. h. Bezug gebrannten Kalkes (*fr. 1. § 1. eod.*); dd) *jus arenae fodiendae;* ee) *jus lapidis eximendi.* ff) *jus cretae eximendae* d. h. Kreide, Thon, Mergel zu graben (*fr. 5. § 1. fr. 6. § 1. eod.*).

d) Ein beschränktes Gebrauchsrecht enthalten aa) *jus terram, rudus* (Schutt), *saxa jacere, posita habere, lapides in fundum provolvere* (*fr. 3. § 1. 2. eod.*); bb) *jus fumum in superiora aedificia immittere* (*fr. 8. § 5. D. si serv. vind. 8, 5*); cc) *jus tugurium* (Hütte) *habendi* zur Unterstützung der *servitus pascui* u. s. w. (*fr. 6. § 1. D. de serv. pr. rust.*).

§ **534**] 2. *Servitutes praediorum urbanorum.* a) Licht- und Aussichtgerechtigkeiten: aa) *jus altius non tollendi* (*i. e. aedificandi*), wodurch dem Eigenthümer „bauliche Erhöhungen" jeder Art untersagt werden (*fr. 12. D. de serv. pr. urb. 8, 2*); bb) *jus ne luminibus officiatur* (*fr. 23. pr. eod.*), d. h. das Recht, sich die Fenster nicht zubauen oder sonst verdunkeln zu lassen (*fr. 4. 15. eod.*); cc) *jus luminis immittendi*, d. h. das Recht Fensteröffnungen durch eine gemeinsame Mauer zu haben (*fr. 40. eod.*); dd) *servitus ne prospectui officiatur*, welche nicht bloß Bauten, sondern auch andere Aussichtshindernisse aller Art untersagt (*fr. 12. eod.*); in der Ausübung kann sie zum Theil mit dem *jus altius non tollendi* zusammentreffen. *Lumen i. e. ut coelum videretur; et interest inter lumen et prospectum, nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest* (*Paul. fr. 16. eod.*).

§ **535**] b) Einbaugerechtigkeiten: aa) *servitus oneris ferendi*, z. B. Balken aufzulegen, einen Säulengang auf fremder Mauer anzubringen (*fr. 33. eod.; fr. 8. § 1. D. si serv. vind. 8, 5*); bb) *serv. tigni immittendi*, z. B. Balken oder Quadern in die fremde Mauer einzuschieben (*fr. 2. D. de serv. pr. urb.*); cc) *serv. projiciendi*, d. h. das Recht, Erker oder Bauornamente, und dd) *serv. protegendi*, d. h.

das Dach in den Nachbarraum hinauszuführen (*fr. 2. eod.; fr. 242. § 1. D. de V. S.*).

§ **536**] c) Ableitungsgerechtigkeiten: aa) *serv. stillicidii* (Traufrecht) d. h. Ableitung des Regenwassers durch Vordach (*fr. 20. pr. fr. 21. D. de serv. pr. urb.*); bb) *serv. fluminis* d. h. Ableitung des Regenwassers durch Röhren oder Rinnen, so daß es stromweise auf das dienende Grundstück stürzt (*fr. 13. D. si serv. vind. 8, 5*); cc) *serv. cloacae mittendae* (*fr. 7. D. de serv. 8, 1*) in oder durch das Nachbargrundstück; dd) *jus fumi immittendi*, welches auch als Feldservitut vorkommen kann.* —

„Es kommen auch *servitutes altius tollendi, officiendi luminibus, stillicidii non recipiendi* vor (*fr. 2. D. de serv. pr. urb. 8, 2; § 1. J. de serv. 2, 3*). Das einfache Recht höher zu bauen, kann keine Servitut seyn, denn es ist ohne alle Servitut im Eigenthum enthalten. Eben darum kann auch die reine Befreiung von einer *servitus altius non tollendi* nur als Herstellung der *libertas rei*, nicht als eine neue entgegengesetzte Servitut angesehen werden. Dagegen läßt sich die Sache so denken, daß die bisher bestehende *serv. altius non tollendi, non officiendi, stillicidii avertendi* im Ganzen bestehen bleiben, aber modificirt und beschränkt werden soll, dies kann wegen Untheilbarkeit der Servituten nicht durch Aufgeben eines Theils derselben, wohl aber durch Constituirung einer entgegengesetzten Servitut, wodurch jene beschränkt wird, geschehen, z. B. mein Grundstück war bisher der *serv. altius non tollendi* schlechtweg unterworfen, der Servitutberechtigte räumt mir nun das Recht ein, bis zur Höhe von 20 Fuß zu bauen. In diesem Falle also ist das *jus altius tollendi* eine Servitut, und die Klage daraus nicht die *negatoria*, sondern die *confessoria*“.[9] Möglicherweise könnten jene Servituten auch darin bestanden haben, daß sie rechtsgeschäftliche Befreiungen von gewohnheitsrechtlichen Eigenthumsschranken waren.**

§ **537**] II. *Servitutes personarum.* Dieselben treten in zwei ordentlichen und zwei außerordentlichen Figuren auf: jene sind der *ususfructus* und *usus*, diese die *habitatio* und *operae* (*animalium et*) *servorum.* Die ersten zwei unterscheiden sich hauptsächlich nach den zwei Arten der Sachergibigkeit, je nachdem dieselbe in einem Erzeugungs- oder Gebrauchswerth besteht: so wird *ususfructus* vornehmlich an *praedia rustica*, *usus* an *praedia urbana* zu denken seyn; freilich gibt es auch Sachen, z. B. *pecora*, welche Junge tragen und Dienste leisten und also Beides verbinden: an solchen kann ein *ususfructus* bestehen, und dieser wird auf Beides ein Recht geben, oder aber ein bloßer *usus*, und dieser ist auf das *uti* im engern Sinn beschränkt, indem er die Fruchtnutzung dem Eigenthümer der dienenden Sache beläßt: hier erscheinen *ususfructus* und *usus* nicht einfach als ungleichartige, getrennte Rechte, sondern zugleich als ein Plus und Minus, der *ususfructus* be-

---

*) s. oben § 533.

**) Ueber diese und andere Ansichten von der *serv. altius tollendi* u. s. w. vergl. die Pandektenvorträge.

greift hier den *usus* mit in sich, und der *usus* allein ist hier kein den Sachwerth erschöpfendes, sondern unvollständiges Recht an der Sache; gerade hier war daher auch Anlaß, im Leben die Grenzen zu verwischen.

Die *habitatio* und die *operae servorum* sind eigentlich nur Varietäten des *usus* (*fr. 5. D. de op. serv. 7, 7*). Sie enthielten persönliche Gunstbezeigungen, wurden namentlich oft in Vermächtnissen für treue Personen angeordnet, sollten dem Honorirten eine Art Versorgung für sein Leben gewähren[10] und daher nicht nach strenger Rechtsconsequenz behandelt werden (*in facto potius, quam in jure consistunt: Mod. fr. 10. D. de cap. min. 4, 5*): demgemäß a) war dem Honorirten Vermiethung an Dritte gestattet, b) das Recht aber sollte weder durch *capitis diminutio*, noch durch *non usus* verloren gehen (*fr. 2. D. de op. serv. 7, 7; fr. 10. pr. D. de usu et hab. 7, 8*). — Der *operae animalium* ist in den Quellen nur ein Mal gedacht (*Ulp. fr. 5. § 3. D. de usufr. quemadm. cav. 7, 9*).

§ **538**] 1. *Ususfructus* (Nutznießungs- oder Nießbrauchsrecht) d. h. *jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* (*Paul. fr. 1. D. de usufr. 7, 1*); *consistit non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et jumentis ceterisque rebus* (*Gai. fr. 3. eod.*). Dem Servitutberechtigten (*usufructuarius*) gehört, was aus der Sache gewonnen werden kann und ihr direct oder indirect Nahrung und Daseyn verdankt, z.B. Schlagholz, Honig, Jagdwild, Gestein aus Steinbrüchen (*fr. 9—12. pr. D. eod.*). In der Regel erschöpft sich in dem Früchtetragen die hauptsächliche Nutzbarkeit einer *res frugifera*, doch ist das *frui* nicht wohl ohne einen gewissen *usus* möglich, daher heißt es: *fructus sine usu esse non potest* (*Paul. Sent. rec. III, 6. § 24;* dazu *fr. 14. § 1. D. de usu 7, 8*) und *fructuarius fruendi causa et usum habet* (*Florent. fr. 42. pr. D. eod.*), nichts desto weniger kann an derselben Sache zugleich ein *ususfructus* und ein *usus* bestellt werden, und es gilt dann: *fructuarius in usum concurrit, quodin fructu usuarius facere non potest* (*Paul. l. c. § 25*); *id percipiet fructuarius, quod usuario supererit* (*fr. 42. cit.*).

Eine Erweiterung hat die Idee des Nießbrauchs dadurch erfahren, daß die rechtsgeschäftlichen Erträgnisse einer Sache, welche man gegen *merces* einem Anderen zum Gebrauch überlassen kann, als *fructus* (*civiles*) geachtet werden: demgemäß können Schiffe (*fr. 12. § 1. D. de usufr.*), Wohnungen (*fr. 13. § 8. eod.*), Sklaven (*fr. 25. § 2. fr. 26. eod.*), selbst *numismata vetera, quibus pro gemmis uti solent* (*fr. 28. eod.*) und *vestes scenicae et funebres* (*fr. 15. § 5. eod.*) Nießbrauchsobjecte seyn. Auch gibt es einen *ususfructus bonorum** und zwar entweder *universorum bonorum* (s. z.B. *fr. 37. D. de usu leg. 33, 2*) oder *partis* (*dimidiae*) *bonorum*: er ergreift die *substantia fundi* der Art, daß er auch im Fall des Untergangs des Gebäudes an der *area* fortdauert (*fr. 29. 34. § 2. fr. 43. eod.*).

---

*) s. dazu unten § 540. Abs. 2.

§ 539] Der Nutznießer kann unter Wahrung der Art und Substanz des Objects (*secundum suam conditionem*) dieses ausnutzen, ohne daß eine andere objective Schranke gezogen wäre, als welche sich durch den Fruchtbegriff im weiteren Sinn ergibt; das Maß des persönlichen Bedürfnisses kommt nicht in Frage, da alle Erträgnisse einen selbständigen Geldwerth repräsentiren, und für Gelderwerb kein persönlicher Maßstab existirt.[11] Eigentliche Veräußerung des *usus fructus* an einen *extraneus* ist ungültig, *ipse usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem, alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet* (*Gai. 2, 30*; nicht abweichend[12] *Pomp. fr. 66. D. de jure dot. 23, 3*), auch Verkürzung des Nießbrauchs durch Nebenstellung anderer Servituten würde dem Wesen desselben zuwider seyn, *proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest, nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere* (*Ulp.* und *Paul. fr. 15. i. f. fr. 16. D. de usufr.*). Dagegen kann man die Vortheile des Nießbrauchs einem Anderen so überlassen, daß dieser ihn zu eignem Recht ausübt, so lange überhaupt der Nießbrauch in der Person des eigentlich Berechtigten fortbesteht, *usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest, nam et qui locat, utitur, et qui vendit; sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti, atque ideo retineri usumfructum* (*Ulp. fr. 12. § 2. eod.*); auch verpfänden kann er mit dieser beschränkten Tragweite (*fr. 8. pr. D. quib. mod. pign. 20, 6*).

Die Pflicht zu schonender Ausübung der Servitut erweitert sich hier, da der Fructuar die Sache detinirt, zu der selbständigen Verbindlichkeit, *custodia* und *omnis rei cura* zu leisten (*fr. 1. § 7. fr. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9*), und zwar nach dem Maßstab eines *optimus paterfamilias* (*Paul. III, 6. § 27*), daher *ante omnia curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret, praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat* (*arg. fr. 25. § 3. D. locati 19, 2;* dazu *fr. 7. § 2. D. de usufr. 7, 1; fr. 9. § 6* und *fr. 15. § 1. eod.; § 38. J. de rer. div. 2, 1*). Deßwegen hat auf des Eigenthümers Verlangen der Fructuar die s. g. *cautio usufructuaria* (*satisdatio*) zu leisten: *usurum se boni viri arbitratu et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit*, was, im Edict für den *ususfructus legatus* eingeführt, dann namentlich durch Julian's Autorität auf jeden Ususfruct ausgedehnt wurde (*fr. 1. pr. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9; fr. 1. pr. D. de usufr. 7, 1*); letztwilliger Erlaß dieser Caution sollte ungültig seyn (*Sev. Alex. l. 7. C. ut in poss. legat. 6, 54*).

§ 540] 2. *Usus* (χρῆσις: *fr. 10. § 1. D. de usu 7, 8*). Obwohl im gemeinen Sprachgebrauch *usus** auch statt *ususfructus* gesagt ward, und

---

*) *Servitus usus* ist die bestimmte Personalservitut, *usus servitus* die Ausübung irgend welcher Servitut (z. B. in *fr. 5. § 1. D. de serv. 8, 1*).

demgemäß Ulpian von einem *ususfructus vestimentorum sine locatione* reden konnte (*fr. 15. § 4. D. de usufr. 7, 1*): so bedeutete im strengern Sprachgebrauch nur das Wort *usus* die auf bloßen Gebrauch beschränkte Servitut. Die *res usuaria* soll nur dem Servitutberechtigten (*usuarius*) selbst und wer zu seiner Familie und persönlichen Umgebung gehört (*fr. 2—7. D. de usu*), dienen, nicht aber darf dieser sie vermiethen oder verpachten (*fr. 8. pr. eod.*), denn das würde in das *frui* übergehen (praktische Grenzen zwischen *uti* und *frui* s. *fr. 12. eod.*); nur das *legatum usus* wird unter Umständen frei dahin interpretirt, daß für das persönliche Bedürfniß auch ein beschränktes *frui* legirt sei: *si pecoris usus relictus est, etiam modico lacte usurum puto, neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum* (*Ulp. fr. 12. § 2. eod.*), und ähnlich beim legirten *usus silvae* (*fr. 22. pr. eod.*).[13] — Verantwortlichkeit und Verbindlichkeit zur *cautio usuaria* sind nach Analogie des Nießbrauchs zu beurtheilen (*fr. 5. § 1. fr. 11. D. usufr. quemadmod. cav. 7, 9*). —

Ususfructus und bez. *usus* haben zufolge eines *Sctum* (unter August?),[14] welches zuließ, *ut omnium, quae in bonis sint, ususfructus legari possit* (*fr. 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5; fr. 1. D. de usu leg. 33, 2*), auf Consumtibilien eine künstliche Anwendung erfahren, wobei der Verkehrszweck auf ein unverzinsliches Darlehn hinausläuft: *ususfructus vini, olei, frumenti* (*Gai. fr. D. de usufr. ear. rer. 7, 5*), *ususfructus s. usus pecuniae* (*fr. 5. § 2. fr. 10. § 1. eod.*). Eigenthum und Gefahr des Objects gehen hier auf den Usufructuar über, welcher nur zur Restitution *in genere* verpflichtet ist: daher heißt es *quasiususfructus* (*fr. 2. § 1. eod.*). Auch ein *ususfructus nominis* ward im weiteren Verlauf namentlich auf des Proculus Autorität hin für statthaft erklärt: der Usufructuar vertritt hier gleichsam *ex jure cesso* den Gläubiger betreffs der Zinsenerhebung und bez. Capitalforderung.[15] — In beiden Fällen unterliegt der Usufructuar gleichfalls der Cautionspflicht (*fr. 4. 7. eod.*).

Literatur: 1) Luden die Lehre v. d. Servituten (Gotha 1837). E. Hoffmann d. Lehre v. d. Servituten nach R. R. 2 Bde. (Darmst. 1838. 1843). Elvers d. Röm. Servitutenlehre (Marb. 1854). Schönemann die Servituten (Lpz. 1866). — 2) s. gegen v. Buchholtz Versuche über einzelne Theile d. Theorie d. heut. R. R. (Berl. 1831) S. 159ff. namentlich Löhr in s. Magazin f. Rechtswissensch. III. (1820) S. 488ff. u. Büchel Civilr. Erörter. I. 3. (Marb. 1834) S. 6ff. (2. Aufl. 1846). — 3) Dazu Schrader Civilist. Abhandl. II. (Weimar 1816) S. 306ff. Puchta Curs. d. Inst. II. § 254. und Böcking Pand.-Inst. II. § 162. S. 230—4. — 4) Vergl. Ad. Schmidt in Bekker's Jahrb. d. gem. deut. R. III. S. 257. 280. — 5) Puchta § 253. Anm. f. — 6) Hugo Rechtsgesch. S. 190ff. und Puchta Kleine civilistische Schriften (*ed.* Rudorff 1851) S. 78ff. — 7) Elvers S. 395—9. — 8) Böcking § 169. Anm. 31. — 9) Puchta § 253 a. E. — 10) Thibaut Civilist. Abhandlgn. (Heidelb. 1814) No. 2; v. Savigny System II. S. 110—2. — 11) In eigenthümlicher Weise wird dieses Moment von Puchta (§ 252. 255) für die Construction d. Usufructbegriffs verwerthet; s. dagegen Böcking § 163. Anm. 18. — 12) Ders. § 164. Anm. 19. — 13) Schönemann die Servituten S. 39. — 14) Ueber das Alter dieses *Sctum* s. Puchta i. Rhein. Mus. III. S. 82. — 15) Steinberger Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XI. S. 149ff. Böcking § 166. Anm. 36.

XXI. Kapitel.

II. Erwerb und Verlust der Servituten.

§ **541**] I. Erwerb. Den rücksichtlich des Eigenthums kennen gelernten Dualismus des Römischen Rechts treffen wir auch bei den Servituten wieder an, indem deren Gebiet nicht bloß durch neueres Civilrecht, sondern auch durch das Prätorische Edict fortgebildet wurde. Hieraus ergibt sich der Unterschied der civilrechtlichen und prätorischen Servituten (*servitutes jure* und *tuitione Praetoris constitutae*), welcher namentlich in den Erwerbsgründen zu Tage tritt.

1. Civilrechtliche Erwerbsgründe sind:

a) Die vertragsmäßige Bestellung geschah in alter Zeit nur im Wege der *in jure cessio*, bez. *mancipatio*, und zwar entweder aa) als selbständige Servituterrichtung, für welche bei den (vier?) Rusticalservituten zwischen jenen beiden Formen gewählt werden konnte, oder bb) als *deductio s. receptio servitutis* bei der Veräußerung der (nunmehr dienenden) Sache (*Gai. 2, 29. 33; fr. Vat. § 47—50*).

b) die letztwillige Bestellung (im Testament oder Codicill) geschah entweder als *legatum usufructus*, welchenfalls die Proprietät dem Erben oder gleichfalls als Legat einem Dritten zukam, oder als *legatum proprietatis*, welchenfalls der *deductus usufructus* dem Erben verblieb (*fr. 6. pr. D. de usufr. 7, 1*).

Prädialservituten wurden meistens durch Vertrag, Personalservituten meistens letztwillig begründet. Außerdem kam noch Begründung durch *adjudicatio* (*fr. 16. § 1. D. fam. herc. 10, 2*) und infolge einer *impetratio servitutis* (Nothweg kraft einer Art richterlicher Expropriation: *iter ad sepulcrum*: *fr. 12. D. de relig. 11, 7*) vor. Auch Erwerb durch Usucapion mag in alter Zeit in Frage gewesen seyn, allein eine *lex Scribonia* (*viaria?*[1]) etwa im letzten Jahrhundert der Republik (? vergl. *Cic. pr. Caec. 26*[2]) hob sie auf (*usucapionem sustulit*: *Paul. fr. 4. § 29. D. de usurp. 41, 3*).

§ **542**] 2. Prätorische Erwerbsgründe. Abgesehen davon, daß im Edict des *Praetor peregrinus* und in den Provinzialedicten Servituten *inter peregrinos* Schutz fanden, ließ das Stadtedict auch die Begründung von Servituten (unter Römern) ohne civilen Act zu: dieses prätorische Servitutrecht fand auf Sachen bonitarischen Eigenthums Anwendung und ward analog auch auf Provinzialgrundstücke übertragen (*fr. Vat. § 61; Gai. 2, 31*).

a) *Pactio et stipulatio* d. h. Vertrag mit einer Strafclausel, durch welche die Ernstlichkeit des Errichtungswillens offenbar und der Zeitpunkt der Entstehung fixirt werden sollte (*§ 1. J. de usufr. 2, 4; fr. 3. pr. D. de usufr. 7, 1; Theophil. ad § 4. J. de servit. 2, 3*).[3] Die Strafstipulation lautete: *per te non fieri, quominus eam, agam; si adversus ea factum sit, tantum dari?* (*Paul. fr. 85. § 3. D. de V. O. 45, 1*).

b) *Quasitraditio*, d. h. Ausübung der Servitut sei es mit ausdrück-

licher (*quasitraditio* im engern Sinn) oder stillschweigender Bewilligung des Eigenthümers der (nunmehr dienenden) Sache (*fr. 20. D. de serv. 8,1 ; fr. 16. D. si serv. vind. 8, 5; fr. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1*). Diese wohl erst seit Javolen und Julian zur Anerkennung gebrachte Bestellung geschieht ohne Strafstipulation; demnach „ist die *traditio* die für beide Theile bequemere und für den Besteller gefahrlosere Form. Daß sie die Bestellung *stipulatione* doch nicht verdrängte, erklärt sich aus dem Interesse, welches der Erwerber bei dieser Stipulation hat.“ Die Institutionen Justinian's lassen die Servitutentradition unerwähnt, vielleicht weil in der damaligen Praxis die Strafstipulation die vorzüglich übliche war.[4]

c) *Diuturnus usus*, von Ulpian auch als *longa quasi possessio* bezeichnet (*fr. 10. pr. D. si serv. vind. 8, 5; fr. 1. § 23. i. f. D. aquae pl. arc. 39, 3; fr. 5. § 3. D. de itin. 43, 19*), und wohl (in der Kaiserzeit) nach Analogie der *longi temporis praescriptio** ausgebildet[5]: demgemäß gehört Ununterbrochenheit des Besitzstandes (der Ausübung) während 10 bez. 20 Jahren[6] zur Begründung (*Paul. V, 5. A. § 8*), allein es scheint, daß dazu weder *justus titulus*,[7] noch selbst *bona fides*[8] erfordert wurden, sondern nur die Thatsache der Ausübung *non vi, non clam, non precario* (*fr. 10. pr. D. si serv. vind. 8, 5*).

§ **543**] II. Verlust. Servituten hören auf 1) durch Rückübertragung an den Eigenthümer der dienenden Sache mittels *in jure cessio* (*Gai. 2, 30*), bez. *remancipatio* (bei Rusticalservituten); entsprechend der *quasitraditio* kann die Rückübertragung auch formlos, bez. stillschweigend erfolgen (*remissio servitutis s. concessio, ne sit jus: fr. 20. pr. D. de serv. pr. rust. 8, 3; fr. 17. D. comm. praed. 8, 4; fr. 8. pr. D. quemadm. serv. am. 8, 6*).

2) Durch Preisgebung[9] (*derelictio* z. B. *ususfructus: fr. 64. D. de usufr. 7, 1*): *cum finitus fuerit ususfructus, revertitur ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem* (*§ 4. J. de usufr. 2, 4*).

3) Durch längeren Nichtgebrauch, und zwar a) durch einfachen *non usus* erlöschen Rusticalservituten (*fr. 7. D. quemadm. serv. am. 8, 6*) sowie der *ususfructus* und *usus* (*§ 3. J. eod.*), b) durch *non usus* erlöschen, wofern auf Seiten des *vicinus* die s. g. *usucapio libertatis s. interpellatio juris* hinzukommt d. h. eine das Gegentheil des Servitutinhalts ausdrückende Handlung des *vicinus*, Urbanservituten[10]: *non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat; veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero; ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem; item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu fo-*

*) s. oben Cursus § 505. Dazu § 527.

ramen, unde exemtum est tignum, obturaveris (*Gai. fr. 6. D. de serv. 8, 1; fr. 18. § 2. D. quemadm. serv. am. 8, 6*). Als *statutum tempus* galt von jeher ein-, bez. zweijährige Nichtausübung, letzteres bei Servituten an Grundstücken; bei Servituten, die nur in Zwischenräumen von mehr als 1 Tag ausgeübt werden dürfen,* gilt doppelte Frist (*duplicatur constitutum tempus: Paul. fr. 7. D. quemadm. serv. am. 8, 6*).

§ 544] Uebrigens ist es selbstverständlich, daß die Servitut erlischt, wenn die *res serviens* oder das *praedium dominans* untergeht, oder der Personalservitutberechtigte stirbt, bez. eine *capitis diminutio* erleidet; der einer Corporation zustehende *ususfructus* erlischt nach Verlauf von 100 Jahren: *Placuit, centum annis tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est* (*Gai. fr. 56. D. de usufr. 7, 1*).

Dem Untergange steht es gleich, wenn wesentliche Umwandlung der *res serviens* erfolgt: *rei mutatione interire usumfructum placet, veluti ususfructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt; si areae sit ususfructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari et usumfructum exstingui constat; plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur; agri ususfructus legatus, si fuerit inundatus, ut stagnum jam sit aut palus, — si stagni ususfructus legetur et exaruerit sic, ut ager sit factus, — silvae usufructu legato, si silva caesa illic sationes fuerint factae, — si massae ususfructus legetur, et ex ea vasa sint facta, vel contra — navis ususfructus, si dissoluta sit, licet iisdem tabulis restaurata sit, exstinguitur* (*Ulp. fr. 5. 10. D. quib. mod. ususfr. am. 7, 4*).

Büßt das herrschende Grundstück seine Rustical- oder Urbanqualität ein, so geht die Rustical-, bez. Urbanservitut unter; letzterer Fall tritt aber noch nicht durch bloßen Abbruch des Gebäudes, sondern erst durch Umwandlung zu Feld ein.[11]

Wenn der Prädialservitutberechtigte das dienende Grundstück, oder dessen Eigenthümer das herrschende Grundstück, oder der Personalservitutberechtigte die *res serviens* ins Eigenthum erwirbt, so muß die Servitut erlöschen (s. g. *confusio*, beim Ususfruct *consolidatio* genannt: *fr. 1. D. quemadm. serv. am. 8, 6; fr. Vat. § 83; § 3. J. de usufr. 2, 4*), denn *nulli res sua servit* (*fr. 26. D. de serv. pr. urb. 8, 2*), und alle Rechte, die eine Servitut nur immer gewähren kann, liegen ohne diese im Eigenthum.

Zeitbestimmung oder Bedingung wirken (ausgenommen beim *ususfructus; Paul. Sent. rec. III, 6. § 33*) nicht *ipso jure* Erlöschen: *servitutes ipso jure neque ex tempore neque ad tempus neque sub conditione neque ad certam conditionem* (*verbi gratia: quamdiu volam*) *constitui possunt, sed tamen si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti* (*Pap. fr. 4. D. de serv. 8, 1*).

Literatur: 1) Bach *Historia jurispr. Rom. II. 2. 1.* § 93. u. Hugo Rechtsgeschichte S. 718. — 2) Unterholzner Verjährungslehre II. S. 240 ff. u. Schil-

*) s. oben Cursus § 528.

ling Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 168ff. — 3) so Schmidtlein im Arch. f. civ. Praxis IX. S. 189 ff. u. Ad. Schmidt in Bekker's Jahrb. d. gem. R. III. S. 268—279. Abweichend Francke Civil. Abhandlgn. (1826) No. 3. — 4) Schmidt S. 285. Dazu Exner d. Lehre v. Rechtserwerb durch Traditio S. 33—5. — 5) Hameaux die *usucapio* u. *longi temp. praescr.* (Gieß. 1835) S. 33 ff. meint, die *longa quasi possessio* sei erst durch Justinian auf die Personalservituten, und zwar nur auf solche an Immobilien, erstreckt worden. — 6) Thibaut i. Arch. f. civ. Prax. V. S. 323 u. Hasse i. Rhein. Mus. II. S. 398. Anders Zimmern in seinen u. Neustetel's Römischrechtl. Untersuchungen f. Wissensch. u. Ausübung I. (Heidelb. 1821) S. 108 ff. — 7) Hasse S. 401 ff. Anders Bessel i. Arch. f. civ. Prax. XIII. No. 19. — 8) v. Savigny Besitz § 46. S. 480 (d. 7. Aufl.) Anm. 2. Anders Schilling Institut. II. § 199. Anm. *m.* — 9) Schönemann d. Servituten § 47. — 10) Ueber den praktischen Grund der *usucapio libertatis* s. Unterholzner Verjährungslehre § 217. 218. — 11) Anders Ihering Geist d. R. R. III. S. 215. Anm. 357. —

XXII. Kapitel.

III. Schutz der Servituten.

§ **545**] I. Petitorische Klagen. 1) *Confessoria actio,* auch *vindicatio s. petitio servitutis,* oder im Fall des *ususfructus* speciell *actio de usufructu* genannt. Sie steht dem civilen Servitutberechtigten gegen jeden Störer in Ausübung der Servitut zu und geht auf Anerkennung der Servitut durch Beseitigung der störenden Vorrichtungen, Ersatz des etwa bereits zugefügten Schadens und Cautionsleistung *de non amplius turbando* (*fr. 2. pr. fr. 4. § 2. fr. 7. D. si serv. vind. 8, 5*).

Der Usufructuar kann „eine dem *fundus fructuarius* zuständige Servitut nicht unmittelbar, sondern zunächst nur seinen *ususfructus* vindiciren und dadurch den Beklagten nöthigen, der vollständigen Ausübung des Nießbrauchs, mithin auch der dem *fundus fructuarius* zuständigen Servitut, kein Hinderniß in den Weg zu legen“ (*fr. 5. § 1. D. si ususfr. pet. 7, 6*).[1] Uebrigens wird der Usufructuar, wenn der petitorisch Belangte nicht die erforderliche Caution leistet (oder überhaupt Defension verweigert?), mit einem besonderen Interdict *Quem usumfructum** unterstützt, welches dem Kläger den Besitz der *res fructuaria* verschafft (*fr. Vat. § 92. 93*).

§ **546**] 2) Die *Publiciana actio* dient nach Analogie der Publicianischen Eigenthumsklage dem, welcher die Servitut auf nicht civilem Wege (durch *pactio et stipulatio, traditio, diuturnus usus*) erworben hat oder ausübt, oder von einem Nichteigenthümer bestellt erhalten und zu ersitzen angefangen hat; *si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat* (*Ulp. fr. 11. § 1. D. de Publ. in rem act. 6, 2*). Sie kommt auch dem, welcher eine *jure constituta servitus* hat und ausübt, zustatten, indem sie ihn des oft schwierigen Beweises der Rechtsbeständigkeit der Servitut augenblicklich überhebt.**

*) Analogie des Interdicts *Quem fundum* (s. oben Cursus § 518 a. E.).
**) Vergl. oben Cursus § 521.

Nach der Ansicht Mancher[2] steht dem, welcher eine prätorische Servitut hat (ohne Rücksicht auf die Ausübung derselben), eine selbständige *utilis confessoria actio* zu, wofür es freilich beim Eigenthum keine allgemeine Parallele geben würde, wenn der oben* vorgetragene Zusammenhang der *Publiciana* mit dem *in bonis esse* richtig ist. Nur für den Fall der prätorischen Ersitzung (*diuturnus usus*) ist die *utilis confessoria* bezeugt (*fr. 10. D. si serv. vind. 8, 5;* nicht beweisend *fr. 29. § 2. D. quib. mod. ususfr. am. 7, 4*).

§ **547**] II. Possessorische Klagen. Die *quasi possessio servitutium* ist theils durch die für die *rei possessio* eingeführten, hier analog anzuwendenden Interdicte (*utilia interdicta uti possidetis* und *utrubi*, sowie *de vi*,[3]) theils durch besondere, für einige Fälle von Felddienstbarkeiten ausgebildete, Interdicte, welche von den besonderen Servituten ihren Namen haben, geschützt. 1) Für die Personalservituten gelten alle possessorischen Interdicte (*fr. 4. D. uti poss. 43, 17; fr. 3. § 13—16. D. de vi 43, 16; fr. Vat. § 90*); 2) für die Urbanservituten gilt das *interdictum uti possidetis*, denn die dienende Sache ist hier immer ein Grundstück, und das *interd. de vi* ist nicht am Platze, da die stärkste Verletzung, die vorkommen kann, nicht einer Grundstücksentsetzung gleichkommt (*fr. 8. § 5. D. si serv. vind. 8, 5*); die gewählte Analogie des *int. uti possidetis* rechtfertigt sich aber dadurch, daß eine Servitut dieser Art gewissermaßen „eine Qualität des Besitzes“ des herrschenden Grundstücks ist, also der, welcher das *jus tigni immittendi* oder *altius non tollendi* besitzt, „eigentlich nur den Besitz eines Hauses, so oder anders modificirt“, hat.[4] 3) Dagegen für die Rusticalservituten, deren Ausübung ein *pati* Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache voraussetzt,** und in einem positiven Handeln des Servitutberechtigten (*usus discontinuus*) besteht, scheint eben darum die Analogie des eigentlichen Sachbesitzes mit seinen possessorischen Interdicten nicht recht geeignet, und folglich die Aufstellung von Specialinterdicten erforderlich. Solche sind allerdings nur für drei Fälle ausdrücklich in den Quellen dargestellt, und demgemäß ist behauptet worden, daß in den anderen Fällen jene Specialinterdicte *utiliter* zur Anwendung kommen müßten;[5] vielleicht aber griff hier das *int. uti possidetis*, dessen generelle Tendenz anerkannt war, Platz.[6]

Bei negativen Urbanservituten, z. B. der *servitus altius non tollendi*, mag das *utile int. uti possidetis* nur selten vorgekommen seyn, da hier meistens das nichtpossessorische *interdictum quod vi aut clam*, welches an einfachere Voraussetzungen geknüpft war, geltend gemacht werden konnte.[7] Außerdem ist zu bemerken, daß der Besitz des *jus cloacae mittendae* noch durch ein besonderes *int. de reficienda cloaca* geschützt ist, welches nicht einmal durch *exceptio vitiosae possessionis* zurückgewiesen werden kann (*fr. 1. § 7. D. de cloacis 43, 23*): *curavit Praetor, ut cloacae* (*privatae*) *et purgentur et reficiantur; interdictum ad salubri-*

---

*) Cursus § 492 u. 521. **) s. oben Cursus § 528. (s. g. affirmative Servituten).

tatem civitatium et ad tutelam pertinet; nam et coelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur (*Ulp. fr. 1. § 2. D. eod.*).

Alle quasipossessorischen Interdicte haben nur die allgemeinen Besitzvoraussetzungen, mit Ausnahme des Specialinterdicts *de aqua*, für welches auch *bona fides* des Ausübenden verlangt ist (*fr. 1. § 10. 19. D. de aqua 43, 20*), und des Specialinterdicts *de itinere reficiendo*, welches nur dem zusteht, der sein *jus reficiendi* ausdrücklich erweist (*fr. § 13. 14. D. de it. actuque 43, 19*); alle zielen auf Schutz in der Ausübung und bez. Schadensersatz.

§ **548**] Specialinterdicte: a) für Wegegerechtigkeiten: *int. de itinere actuque*, wofern der Besitzer wenigstens an 30 Tagen im letztverfloßnen Jahre die Servitut ausgeübt hat (unter Hinzurechnung der Ausübungsacte seines Autors: *fr. 1. § 2—4. fr. 3. § 6—10. D. de it. actuque priv. 43, 19*); b) für Wasserleitungsgerechtigkeiten das *interd. de aqua* mit Unterscheidung der *aqua quotidiana* und *aestiva*, wofern der Besitzer des Aquäducts im gegenwärtigen Jahre, bez. im Sommer des vorherigen Jahres, irgend einmal die Servitut ausgeübt hat (*fr. 1. pr. § 4. 29—34. D. de aqua 43, 20*); c) für Wasserschöpfungsgerechtigkeiten das *int. de fonte*, wofern der Besitzer wenigstens einmal im gegenwärtigen Jahre Wasser geschöpft oder Vieh zur Tränke getrieben hat (*fr. un. de fonte 43, 22*). Alle drei setzen voraus, daß die Ausübung nicht vitiös war.

Neben den genannten drei Interdicten gehen drei unterstützende Specialinterdicte her, um dem Ausübenden die Möglichkeit von Ausbesserungen zu sichern: a) *int. de itinere actuque reficiendo* (*fr. 3. § 11. D. de it. actuque 43, 19*); b) *int. de rivis reficiendis* (*fr. 1. pr. D. de rivis 43, 20*); c) *int. de fonte reficiendo purgando* (*fr. un. § 6. D. de fonte 43, 22*). Wegen des Schadens, der aus der Ausbesserungsarbeit entspringen könnte, hat (wohl in allen 3 Fällen) Kläger Caution zu leisten (*fr. 3. § 11. D. de it. actuque 43, 19*).

Literatur: 1) Schilling Lehrb. f. Inst. u. Gesch. d. R. R. II. § 202. S. 666. — 2) Puchta Curs. d. Inst. II. § 256. Anm. *v*; ebenso Müller Lehrb. d. Instit. § 91. S. 207. u. Ad. Schmidt in Bekker's Jahrb. d. gem. R. III. S. 266. 283. — 3) s. dazu Elvers Servitutenlehre I. S. 291. — 4) v. Savigny Besitz § 46. S. 495 (der 7. Aufl.). — 5) Puchta Pandekten § 139. — 6) so Thibaut i. Arch. f. civ. Prax. I. S. 111 ff.; dagegen v. Savigny Besitz § 46. — 7) Ders. § 46. S. 496. (der 7. Aufl.) Anm. 1. —

Dritter Titel.

Das Pfandrecht.[1]

XXIII. Kapitel.

I. Geschichte, Begriff und Inhalt des Pfandrechts.

§ **549**] I. Das latente Pfandrecht. Wenn es sich um die künftige Leistung eines Vermögenswerthes handelt, welche dem Einen (Schuldner) als Rechtspflicht obliegt, so findet sich der Andere (Gläubiger) auf die Willigkeit und Fähigkeit dessen angewiesen, von welchem er die Leistung zu erwarten hat (*cui credidit, cujus fidem secutus est*); der Vermögenswerth, welcher dem Gläubiger gehört, ist daher nicht bloß ein zukünftiger, sondern ein unsichrer, und diese Unsicherheit möglichst zu überwinden, ist ein sehr natürliches Verkehrsbedürfniß.

Das Streben, Sicherungsmittel zu gewinnen, kann von zwei Ausgangspunkten aus und entsprechend auf zwei Wegen gehen, und tritt in den Ideen des Personalcredits und des Realcredits zu Tage. 1) Man sucht sich der Willigkeit des Schuldners zu versichern, indem man zu besonderen Mitteln greift, welche auf seinen Willen wirken, seinem Lechtsinn entgegenarbeiten, seinen Starrsinn brechen und ihn zu Anstrengungen für Leistungsbereitschaft veranlassen. Das ist der Ausgangspunkt des Röm. Rechts, welches auf diesem Wege zwei Creditsicherungsmittel ausgebildet hat. Das eine ist im *nexum*, das andere in der *sponsio* enthalten: es waren eben die alten nationalen Verpflichtungsweisen selbst. Im *nexum* ward durch die strenge Unterwerfung des Schuldners unter die Herrschaft des Gläubigers dem Forderungsrecht ein Nachdruck gegeben, welcher den gröbsten Starrsinn brechen konnte; aber nicht allein, daß der Schuldner hier geradezu in die Hand des Schuldherrn gegeben war, sondern auch, daß sechs andere Bürger (*amici*) Zeugen und Mitwirker des *nexum* waren, diente erheblich zur Befestigung des Forderungsrechts: es war eine Schärfung und zugleich eine Stützung der Obligatio. Selbständig wurde dieses zweite Moment in der *sponsio* entwickelt, indem durch diese leicht eine Mitverpflichtung Anderer erzielt werden konnte, an welchen der Gläubiger einen Rückhalt fand. Die Mitverpflichtung Anderer, welchen nun eine Klage droht, übt auf den eigentlichen Schuldner einen Druck, welcher dem Gläubiger zugute kommt; aber es kündigt sich hier zugleich eine Idee an, welche dann durch die Mittel des Realcredits weiter geführt worden ist: die Mitverpflichtung hilft dem Gläubiger nicht bloß gegen Unwillfährigkeit, sondern auch gegen Unvermögen des Schuldners.

Durch das *nexum* bekam der Gläubiger mit der Person zugleich das Vermögen des Schuldners in seine Hand, aber doch nur indirect; durch die *sponsio* konnte der Gläubiger einen Rückhalt außerhalb der Person des eigentlichen Schuldners erlangen, aber die Form, in wel-

cher dies geschah, war doch eben auch wieder eine nur den persönlichen Willen Jemandes ergreifende. Somit herrschte die Maxime des Personalcredits, allerdings durch ihren idealen Ausgangs- und Zielpunkt ganz dem Römischen Nationalwesen entsprechend, aber doch auf die Dauer ungenügend.

2) Den extremen Gegensatz dazu bildet der germanische Ausgangspunkt des Creditwesens, wonach das Unvermögen des Schuldners ins Auge gefaßt und dem Gläubiger ein objectives Befriedigungsmittel gesichert wurde. Der Wille, ja die Person des Schuldners trat dabei so sehr in den Hintergrund, daß mehr das sichernde Gut, als die leistungspflichtige Person Schuldner zu seyn, und das Forderungsrecht sich in dem Recht an der Sache zu verlieren schien.

§ **550**] Es ist nun höchst interessant, zu verfolgen, wie der Römische Rechtstrieb nach und nach dahin führte, dem Gläubiger selbständige Befriedigungsmittel zu verschaffen, d. h. ihn unabhängig von der Eventualität zu stellen, daß zur Zeit der Leistung dem Schuldner die Mittel gebrächen. Alle obligatorische Leistung zielt auf Vermögenswerthe ab, es galt also, dem Gläubiger dadurch seine Erwartung zu sichern, daß ihm ein entsprechender Vermögenswerth durch ein unmittelbares Verhältniß zu einer Sache, welche einen solchen Vermögenswerth kraft ihrer natürlichen Eigenschaften in sich trägt, gesichert würde. Rom gelangte in der That zu diesem Ziele, aber nur langsam: in den ersten Gestalten des Realcredits pulsirt noch die Idee des Personalcredits, und erst in der Kaiserzeit scheint sich der Realcredit völlig emancipirt zu haben von der Herrschaft dieses älteren Bruders.

Bevor die Idee eines den Zwecken des Gläubigers dienenden besonderen dinglichen Rechts geboren war, bot das Recht zwei sachliche Sicherungswege dar: der Gläubiger ließ sich entweder 1) zum Eigenthümer der Sache machen, welche ihm die gewünschte Sicherheit gewähren sollte, oder 2) er begnügte sich mit der Detention dieser Sache. In beiden Fällen war es natürlich darauf abgesehen, daß nach erfolgter Schuldabtragung das Eigenthum dem liberirten Schuldner zurückgegeben, dieser wieder in die Detention der Sache gelassen wurde, allein Alles stand dabei auf Treu und Glauben des Gläubigers.

Beide Sicherungswege sind schwer verträglich mit der alten vollen Kraft des *nexum;* erst als durch die *lex Poetelia* das Vermögen von der Person principiell abgelöst, und die Idee der Obligatio rein hervorgetreten war,* konnte der Gedanke Lebendigkeit gewinnen, daß neben der Obligatio durch Mittel, die nicht durch die Obligatio selbst geboten würden, dieser eine Stütze zu verschaffen sei. Diese Mittel boten die *fiducia* und das *pignus* als Eigenthums- und Detentionsgewährung; es ist aber karakteristisch für die Zeit, welcher diese Rechtsgeschäfte ihre Entstehung verdanken mochten, daß in ihnen noch immer jene Tendenz herrscht, sich der Willfährigkeit des Schuldners zu versichern;

*) s. Excurse S. 130. 133.

die fiduciirte oder oppignerirte Sache sollte der ursprünglichen Idee nach nicht Befriedigungsmittel seyn, der Schuldner erwartete sie zurück; daß die Sache so lange, als die Schuld bestand, im Eigenthum, bez. in der Detention des Gläubigers blieb, wirkte nur als ein Druck auf den Willen des Schuldners, welcher wohl, um nur endlich Eigenthum, Detention wieder zu haben, Alles zur Befriedigung des Gläubigers aufbot. So sind *fiducia* und *pignus* in ihrer reinen Gestalt doch im Grunde nur Verstärkungen des Personalcredits; nur durch besondere Zusätze, die ihnen contractlich hinzugefügt werden können, helfen sie die Idee des Pfandrechts entwickeln.

§ **551**] 1. *Fiducia.* Unter den *arbitria*, welche bei *Cic. de off. 3, 17* von Q. Scaevola aufgeführt werden, befinden sich neben der Tutel und Fiducia nur die Consensualcontracte, nicht aber die Realcontracte, die doch (mit Ausnahme des *mutuum*) gleichfalls *juris gentium* waren. Die Vermuthung liegt nahe, daß die Theorie der freien Realcontracte damals noch nicht völlig ausgebildet war, und die Fiducia noch die Functionen des *depositum*, *commodatum* und *pignus* erfüllte. In der That war die Fiducia geeignet, überall einzutreten, wo es sich um die vorübergehende Ueberlassung einer Sache in die Hand eines Anderen handelte; in dem *pactum fiduciae*, welches hier dem solennen Uebertragungsgeschäft beigefügt ward, konnten die verschiedenen Modalitäten, unter welchen eine Rückübertragung ins Eigenthum des früheren Veräußerers erfolgen sollte, ohne Schwierigkeit zur Geltung kommen. Eine dieser Modalitäten diente der Sicherheit der Gläubiger betreffs ihrer Forderungen.

Der Gläubiger ließ sich vom Schuldner eine Sache *in jure* cediren oder mancipiren, indem er sich mittels des *pactum fiduciae* anheischig machte, die fiducirte Sache (*res fiduciaria s. fiduciae data*, auch kurz *fiducia* genannt) nach erfolgter Befriedigung zurück *in jure* zu cediren, bez. zu remancipiren. Dieses Rechtsgeschäft erhielt sich lange Zeit in Uebung, auch neben dem *contractus pigneraticius*; man verstand daher, seitdem die freien Realcontracte des *commodatum* und *depositum* zur Anerkennung gelangt waren, und für deren Zwecke kaum noch die *fiducia* anzuwenden häufiger Anlaß seyn konnte (s. *Gai. 2, 60*), unter *fiducia* hauptsächlich jenes pfandähnliche Sicherungsgeschäft: *fiducia est, quum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur* (*Isidor. Orig. 5, 25*). Diese *fiducia pignoris jure contracta* blieb im Abendlande, wenigstens in Italien, bis in die Zeit der christlichen Kaiser ein bekanntes Geschäft.[2]

Doch hafteten der *fiducia* erhebliche Mängel an, denn es war auf diesem Wege weder für des Schuldners, noch für des Gläubigers Interesse ausreichend gesorgt. Der gewissenlose Gläubiger konnte, da er ja Eigenthümer der *res fiduciaria* war, durch deren Weiterveräußerung den Schuldner um sein Gut bringen, und der Schuldner hatte solchenfalls nur eine persönliche Klage (*actio fiduciae*) gegen den Gläubiger auf die *ex aequo et bono* zu berechnende Entschädigung (*Coll. leg.*

Mos. et Rom. 10, 2. § 2.). Anderseits fand der Gläubiger, welcher ehrlich das *factum fiduciae* beobachtete, keine materielle Befriedigung durch das formale Eigenthumsrecht, wenn nicht etwa die *res fiduciaria* zugleich in seinem Besitze war und ihm einen Gebrauchsvortheil oder Fruchtgenuß gewährte. Allerdings kam dem Schuldner noch die begünstigte *usureceptio ex fiducia** zustatten, und die dem wortbrüchigen Gläubiger aus der *actio fiduciae* drohende Infamie wirkte als ein Schutzmittel für den Schuldner; anderseits konnte der Gläubiger sich durch eine der *fiducia* beizufügende Verwirkungsclausel (*lex commissoria*), wonach im Falle der Säumniß des Schuldners die Sache an den Gläubiger verfallen, d. h. definitiv in seinem Eigenthum bleiben solle, helfen, und diese Beifügung mag sehr üblich gewesen seyn (*Cato de re rust. 146, 2. Cic. pr. Flacc. 21; ad div. 13, 56*). In alledem lag eine Milderung, aber keine Aufhebung der Unzuträglichkeiten.

§ **552**] 2. *Pignus.* Die Solennität der *in jure cessio* war an den Prätor und *Praeses provinciae* gebunden, die der *mancipatio* war gleichfalls nicht ohne Umständlichkeit und auf *res mancipi* beschränkt, daher nicht bloß auf Provinzialgrundstücke, sondern auch viele andere werthvolle Sachen, die an sich recht geeignet waren, zur Sicherheit zu dienen, unanwendbar. Es lag daher in vielen Fällen nahe, den Gläubiger in die Lage einer factischen Sicherung durch Gewährung der Detention zu bringen; solchenfalls blieb der Verpfändende im Eigenthum, aber der detinirende Gläubiger konnte durch consequente Vorenthaltung der Sache den Schuldner vielleicht zur Pflichterfüllung nöthigen. Gebrechlich war auch dieses Sicherungsmittel, denn gegen die *rei vindicatio* des Verpfänders war der Pfandgläubiger ohne civilrechtlichen Schutz, und wenn ihm die Sache abhanden kam, so war er ohne Rechtsmittel zur Wiedererlangung vom dritten Besitzer; nur die *actio furti* hatte er, und als die possessorischen Interdicte ausgebildet wurden, mögen dieselben bald auch dem Pfandbesitzer gewährt worden seyn, so daß derselbe wenigstens gegen Besitzstörungen geschützt war. Für den Verpfänder aber war die Ueberlassung mancher Sachen in fremde Detention mit beträchtlichen Nachtheilen verknüpft und unter Umständen ganz undurchführbar.

Am wenigsten konnte die Detention von Grundstücken dem Gläubiger genügen, denn sie verhinderte nicht, daß der Schuldner das verpfändete Grundstück an einen Dritten ins Eigenthum übertrug, und nun der Gläubiger der Vindication eines Unbetheiligten ausgesetzt war. Aus diesem Grunde mag das *pignus* vorzugsweise bei Mobilien vorgekommen seyn, und vielleicht hängt damit zusammen, was von Gaius angeführt wird: *pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur; unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui* (*fr. 238. D. de V. S.*).

§ **553**] II. Die Geburt des Pfandrechts. Seitdem Rom anfing, seinen Arm über die Grenzen Italiens hinauszustrecken, begann

*) s. oben Cursus § 504.

auf italischem Boden die Bildung von Latifundien.* Zur Bewirthschaftung derselben bediente man sich zahlreicher Sklavenfamilien und auch freier Colonen: so ging in vielen Gegenden ein Theil des kleinen Grundeigenthums in Grundpacht über, und die Römischen Grundherren mußten sich nach einer Sicherheit für regelmäßiges Eingehen der Pachtzinsen von den entfernten Ländereien umsehen. Wahrscheinlich machte sich dabei bald das Vorbild des griechischen Hypothekenwesens geltend, denn dieses konnte dem Verkehr der süditalischen Griechen nicht fremd seyn, und den Römern empfahl es sich durch die Bequemlichkeit einfacher vertragsmäßiger Pfandbestellung vor der umständlichen *fiducia*.[3] Diese gehörte dem System der *bona fides* an, welches sich erst im 3. und 2. Jahrh. v. Chr. entwickelte, und älter können auch die Anfänge der eigentlichen Pfandidee im Römischen Recht nicht seyn.

Den ersten Schritt zu deren Entwicklung that ein Prätor Salvius, welcher der Verabredung, daß das Wirthschaftsinventar (*invecta et illata*) des Pachters dem Verpachter zur Sicherheit dienen solle, ohne Rücksicht auf besondere Vertragsformen rechtliche Folge gab. Hier war das Bedürfniß besonders dringend, denn eine fortwährende Fiduciirung der wechselnden Bestandtheile des Inventars war unthunlich, und Uebergabe derselben in die Detention des Verpachters natürlich noch weniger ausführbar, da sie dem Pachter unentbehrlich waren und die Sorge ihrer Aufbewahrung dem Verpachter unverhältnißmäßig lästig gewesen wäre.

Unter welchem Gesichtspunkt Salvius dem Verpachter Pfandschutz verlieh, d. h. das *interdictum Salvianum* aufstellte, ist zweifelhaft. Vielleicht war dieses Interdict dem *interd. utrubi* nachgebildet,[4] denn es war, wie dieses, prohibitorisch und reihte sich in der Ordnung der Interdicte an dasselbe an: der Gedanke war hiernach der, bloß auf Grund der Pfandconvention den Verpachter als *possessor* (*invectorum et illatorum*) zu behandeln und ihm die Füglichkeit zu geben, fortgeschafftes Inventar zurückzuholen, wie wenn ihm wirklicher Besitz entzogen worden wäre; lag doch dieser Gedanke hier gar nicht so fern, da das Inventar sich auf dem Grundstück des Verpachters befunden hatte und nun von da heimlich entfernt worden war. So war das Interdict im Grunde nicht possessorisch im engern Sinn, sondern ein *interd. adipiscendae possessionis*;** *interdictum, quod vocatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset*: *Gai. 4, 147* = *§ 3. J. de interd.* (*4, 15*); aber indem es nach Analogie jenes retentorischen und bez. recuperatorisch wirkenden Interdicts gegeben wurde, war es auf gewisse Zeitgrenzen beschränkt: gegen den Pachter selbst, der ja, wenn er das Fortgeschaffte noch besaß, vitiös besaß, ging es ein Jahr lang, gegen Dritte aber, die nicht vitiös besaßen, hatte es dann Erfolg, wenn dieselben kürzere Zeit im letzten

*) s. oben Cursus § 156.

**) s. oben Cursus § 209. 516. 517.

Jahre besaßen, als das Inventar sich auf dem Gut des Verpachters befunden hatte.

§ **554**] Zwar ging das *interd. Salvianum* hiernach nicht bloß gegen den Pachter, sondern auch gegen Dritte (*fr. 1. 2. D. de Salv. int. 43, 32; Theophil.* zu *§ 3. J. cit.*), allein wegen jener Zeitgrenzen war der Schutz immer nur ein unvollkommener und oftmals illusorischer. Dies mag Anlaß zur Aufstellung der *actio Serviana* (vielleicht nach einem Prätor Servius so benannt) gegeben haben, welche dem Verpachter uneingeschränkte Verfolgung seines vertragsmäßigen Rechts an den *invecta et illata* gegen jeden Dritten gewährte. Mit dieser Klage war das Recht des Verpachters als ein unbedingt dingliches Recht, und die Möglichkeit der Begründung eines solchen durch bloßen formlosen Vertrag anerkannt. „Die neue Klage wurde hinter das *Salvianum* eingeschaltet, woraus sich erklärt, daß die Römischen Juristen das Pfandrecht in den Edictscommentarien bei Gelegenheit der Interdicte behandelten.“ [5]

Von dieser ersten Anwendung auf den Landpacht behielt die dingliche Pfandklage für immer ihr formales Gepräge, aber sie blieb nicht auf diesen Bereich beschränkt, vielmehr ward sie als *actio quasi Serviana* allmählich auf andere Fälle ausgedehnt, und so gründete sich auf den schmalen Raum der ursprünglichen *Serviana* die zum vollständigen System entwickelte Pfandrechtsidee, indem von der Jurisprudenz der Kaiserzeit die *actio Serviana* und *quasi Serviana*, die wohl beide als *actiones in factum* zu denken sind,[6] in ihrem Grunde als ein neues selbständiges *jus in re aliena* neben den Servituten erfaßt und namentlich in Parallelisirung mit dem *ususfructus* theoretisch festgestellt wurde.*) Seitdem wurde die Klage auch abstract als *actio hypothecaria* oder *in rem pigneraticia* bezeichnet.

§ **555**] Das griechische Wort *hypotheca* war technische Bezeichnung für dieses jüngste unter den dinglichen Rechten, nicht selten aber würde als gleichbedeutend damit das alte Wort *pignus* gebraucht, denn jede Uebergabe eines Faustpfandes galt zugleich als *pactum hypothecae*, und selbst auf den Fall eines bloßen *pactum hypothecae* ward „*pignus*“ angewendet, *pignus contrahitur non solum traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est* (*Ulp. fr. 1. pr. D. de pign. act. 13, 7*), so daß Marcian sagen konnte: *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* (*fr. 5. § 1. D. de pignor. 20, 1*). Nur im strengeren Sprachgebrauch wurde auch jetzt unterschieden, *proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem* (*Ulp. fr. 9. § 2. D. de pign. act. 13, 7*), und da Uebergabe namentlich bei Mobilien vorkam, wurde unter *pignus* vorzugsweise Mobiliarverpfändung verstanden. *Inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utrāque hac appellatione continetur; sed in aliis differentia est, nam pi-*

---

*) s. die Excurse zu diesem Kapitel No. II.

gnoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit, at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus (*§ 7. J. de act. 4, 6*).

§ **556**] III. Die Ausbildung des Pfandrechts. Das Pfandrecht auf der bisher betrachteten Stufe seiner Entwicklung gewährte dem Gläubiger an sich nur das dingliche Recht, behufs seiner Sicherung die Detention der Pfandsache sich zu verschaffen, bez. sich darin gegen Störungen zu behaupten und so durch Vorenthaltung der Pfandsache einen Druck auf den säumigen Schuldner auszuüben. Das konnte unmöglich immer genügen. Dem Blick aber, welcher sich nach einem reellen Befriedigungsmittel umsah, bot sich in solchen Fällen der vom Staat betretene Weg dar: der Staat hatte in dem alten civilrechtlichen Institut der Prädiatur* gegenüber seinen Schuldnern (*praedes*) eine Verkaufsbefugniß betreffs der von diesen verpfändeten Grundstücke (*praedia*); wenn nun der Privatpfandgläubiger sich neben seinem Besitzrecht noch eine solche Verkaufsbefugniß vom Schuldner ausbedang, so konnte dieses als zugleich mit in den dinglichen Schutz aufgenommen gelten, und der Pfandgläubiger hatte damit eine ganz unabhängige sachliche Gewähr seiner Forderung gewonnen.

Lange blieb diese Verkaufsbefugniß nur ein *accidentale negotii*. Keineswegs verdankt die Verkaufsverabredung ihren Ursprung erst dem 2. oder 3. Jahrhundert n. Chr.,[7] denn schon Servius Sulpicius gedenkt der *pignoris proscriptio* zum Zweck des Verkaufs (*fr. 15. § 32. D. de injur. 47, 10*), auch Labeo handelt von der *licentia vendendi ex pacto convento* (*fr. 35. D. de pignor. 20, 1*), aber noch Javolen hält eine ausdrückliche Verabredung für erforderlich und sagt: *si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut antequam dies venditionis veniret, pecunia non soluta, id fecit: furti se obligat* (*fr. 73. D. de furt. 47, 2*). Zuerst Gaius (2, 64) scheint anzudeuten, daß solche ausdrückliche Verabredung eine Sitte der Vergangenheit und jetzt das Verkaufsrecht präsumtiv sei (*voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est*), und es ist diese langsame Entwikkelung nicht befremdlich, da es als etwas Exorbitantes erscheinen mußte, Jemandem die Verkaufsbefugniß betreffs einer fremden Sache als dingliches, d. h. jedem Dritten gegenüber durchzusetzendes, Recht einzuräumen.

§ **557**] Wahrscheinlich schon vor Ulpian, welcher davon als von einem ausgemachten Satze handelt, war angenommen, daß die Verkaufsverabredung auch erst nachträglich dem Pfandvertrag hinzugefügt werden könne (*fr. 4. D. de pignor. 13, 7*), was eine offenbare Begünstigung der Verkaufsidee enthielt, und Paulus (*Sent. rec. 2, 5. § 1*) spricht voraussetzungslos, also ohne daß er eine vorausgängige Verabredung annimmt, den Satz aus, daß der Pfandgläubiger verkau-

*) s. Excurse zu diesem Kapitel No. III.

fen könne, indem er ihm nur die Beobachtung der üblichen Denunciationspflicht vorschreibt: *creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debet debitori suo, ut pignus luat.* Dieser Auffassung entsprach es, daß die *conventio, ut rem distraheret*, soviel bedeutete, als die *conventio, ut res pignori esset* oder *hypothecae nomine obligata esset* (*Pap. fr. 3. § 2. D. qui potiores 20, 4*).

Noch einen Schritt weiter that Ulpian, indem er sich dafür erklärte, ein Pfandgläubiger sei unter allen Umständen zum Verkauf befugt, und ein ausdrückliches *pactum ne distraheretur* habe nur die beschränkte Wirkung, daß statt einmaliger *denunciatio*, die sonst ausreichend sei, dreimalige stattfinden müsse: *etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvat, et cessaverit* (*fr. 4. D. cit.*). Mit dieser von Ulpian bezeugten und bez. befestigten Praxis war die pfandmäßige Verkaufsbefugniß (*jus vendendi s. distrahendi pignoris*) zu einem *essentiale negotii* gemacht und anerkannt, daß in diesem erst der volle Zweck der Verpfändung erreicht sei. „Die Auffassung Ulpian's und der Praxis erhielt ihre Bestätigung durch ein Rescript Gordian's: *si creditor non reluctante lege contractus distraxit, revocari venditionem iniquum est* (*l. 7. C. de distr. pignor. 8, 28*); diese Ansicht ist in das Justinianische Recht übergegangen, während der Ausspruch von Paulus in die Sammlung Justinian's nicht aufgenommen wurde.“[8]

§ **558**] Die Verkaufsbefugniß ist dem Pfandrecht als die ihm eigenthümliche Spitze geblieben, ja in sie das ganze Wesen des Pfandrechts gesetzt worden. Seitdem galt das Pfandrecht als ein eventuelles Veräußerungsrecht: wer seine Sache verpfändete, verfügte über ihren ganzen Bestand; daher die Grundregel des Pfandrechts, daß nur solche Sachen, welche Gegenstand eines Kaufs seyn können, zum Pfand bestellt werden können: *quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest* (*Gai. fr. 9. D. de pignor. 20, 1*) und *eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest* (*Marcian fr. 1. § 2. D. quae res pignori 20, 2*).

Die Hypothek war in ihrer Entwicklung vom Pfandbesitz (*pignus*) ausgegangen, dessen Unzulänglichkeit ganz natürlich nach der Ergänzung durch *jus distrahendi* hindrängte: Erlangung der Detention, die erst Zweck gewesen, war nun Mittel zu einem höheren Zweck geworden. Ein anderer war der Fall der *fiducia:* diese gewährte von vornherein dem Pfandgläubiger selbst Eigenthum, der Schritt von diesem zum *jus distrahendi* als einer besonderen Befugniß war weit weniger indicirt, als der zur *lex commissoria:* wie diese der Natur der *fiducia* angemessen war, so das *jus distrahendi* der *hypotheca,* und wenn das letztere auch Anwendung auf die *fiducia* fand (*Paul. Sent. rec. 2, 13. § 5*), so war das gewiß nur ein später Reflex von der Hypothek,[9] die mit dem Hervortreten des orientalischen Rechtsbewußtseyns zum Uebergewichte gelangte.

§ **559**] IV. Eine künstliche Erweiterung erfuhr das Gebiet des Pfandrechts in der Blütezeit der Jurisprudenz dadurch, daß, indem die Distractionsbefugniß als Hauptelement des Pfandrechts betont wurde, auch nutzbare Rechte als verpfändbar behandelt wurden. Zwar wenn dies von der Emphyteuse und Superficies galt (*Paul. fr. 16. § 2. D. de pign. act. 13, 7*), so schien es keine erhebliche Neuerung, da Emphyteuta und Superficiar factisch dem Grundeigenthümer fast gleich standen; eine größere Entfernung von dem im *pignus* liegenden ersten Ausgangspunkt der *hypotheca* war es, wenn die Verpfändbarkeit des *ususfructus* anerkannt wurde: Marcian statuirt diese unter Berufung auf Papinian, indem er auf die Statthaftigkeit einer *venditio ususfructus* verweist (*fr. 11. § 2. D. de pignor. 20, 1*); wie der Käufer, so kommt also auch ein Pfandgläubiger *loco fructuarii* zu stehen und erlangt ein Recht auf *quasipossessio ususfructus* (Befugniß der Fruchtziehung?), sowie eventuelle Verkaufsbefugniß nebst der *actio confessoria utilis*.

Eine weitere Kunstform lag darin, daß gar auch die Zulässigkeit einer pfandweisen Bestellung von Servituten angenommen ward. Eine solche konnte zunächst nur so gemeint seyn, daß der Pfandgläubiger die Servitut kraft eignen Rechts bis zu seiner Befriedigung ausüben dürfe: es war das eigentlich die Idee der *fiducia* vom Eigenthum auf die Servitut übertragen, denn wie durch die *fiducia* der Pfandgläubiger die Sache selbst, so erhielt dieser hier die Servitut selbst; aber damit mußte sich die Befugniß verbinden, die fragliche Servitut zum Zweck der endlichen Befriedigung zu verkaufen: beim *ususfructus* geschah das durch Uebertragung der Ausübungsbefugniß, bei einigen Wasser- und Wegeservituten durch neue Bestellung für den die Kaufsumme erlegenden *vicinus* (*Paul. fr. 12. D. eod.*). Bei anderen, namentlich Urbanservituten konnte auf geeignete Käufer weniger gerechnet werden,[10] daher *jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint* (*Marc. fr. 11. § 3. D. eod.*).

Vollkommen endlich trat die Pfandidee aus dem Gebiet des Sachenrechts heraus durch Anerkennung eines *pignus nominis*, wozu durch Statuirung des *quasi ususfructus nominis** der Weg gebahnt werden mochte: der Pfandgläubiger erlangte auch hier ein mehr an die *fiducia*, als an die *hypotheca* erinnerndes Recht, denn er kam zu der verpfändeten Forderung wie ein Cessionar zu stehen. Das *pignus nominis* ist eine beschränkte Cession, der Pfandgläubiger kann durch sofortige Denunciatio an den Schuldner des Verpfänders sich des *nomen* versichern, und wenn der Pfandschuldner säumig wird, das *nomen* entweder eintreiben oder einem Dritten verkaufen (*fr. 18. pr. D. de pign. act. 13, 7; fr. 13. § 2. D. de pignor. 20, 1; l. 7. C. de her. vend. 4, 39*).

§ **560**] V. Es kann eine Mehrheit von Pfandrechten betreffs

*) s. oben Cursus § 540 a. E.

derselben Sache auf verschiedene Weise in Frage kommen: 1) simultane Mehrheit; dieselbe ist entweder a) gleichartige, d. h. der Art, daß mehreren Pfandgläubigern wegen ihrer Forderungen, oder Einem Pfandgläubiger wegen verschiedener Forderungen Pfandrecht zusteht: eine solche Häufung kann zu bedenklichen Verwicklungen und Conflicten führen, dennoch liegt in dem elastischen Wesen des Pfandrechts nichts, was ihr widerstrebte, und so finden wir sie in der Kaiserzeit, allerdings, wie es scheint, erst nach Gaius und African,[11] uneingeschränkt zugelassen;* b) ungleichartige d. h. der Art, daß das eine Pfandrecht gleichsam auf dem anderen ruht und von ihm abhängig ist; dies ist der Fall, wenn ein Pfandgläubiger das ihm bestellte Pfand wieder seinem Gläubiger verpfändet: s. g. Afterpfand, *subpignus s. pignus pignori datum.* In diesem Doppelverhältniß sind der *primus creditor* (Afterverpfänder), welchem das zuerst begründete Pfandrecht zusteht, und der *secundus creditor* (Afterpfandgläubiger), welchem das Afterpfand zusteht, zu unterscheiden; der Zweite kann sein Pfandrecht nur innerhalb der Grenzen und unter den Voraussetzungen ausüben, welche durch das zugrunde liegende Pfandrecht gegeben sind: *cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est; quodsi dominus* (der erste Verpfänder) *solverit pecuniam, pignus* (Afterpfand) *quoque perimitur* (*Marcian fr. 13. § 2. D. de pignor. 20, 1*; dazu *fr. 40. § 2. D. de pigner. act. 13, 7*). Die Afterverpfändung ist im Grunde eine Verpfändung des Forderungsrechts des *primus creditor* mit dem zugehörigen Pfandrecht, denn nur so kann der *secundus creditor* sich (durch *denunciatio* an den ersten Schuldner) sichern, indem entgegengesetztenfalls durch Zahlung des ersten Schuldners an den Afterverpfänder das Afterpfand ohne Weiteres vernichtet werden würde, und demgemäß entscheidet auch Marcian, daß der Afterpfandgläubiger am Object der mitverpfändeten Forderung vom Augenblick der Erfüllung derselben an ein Pfandrecht habe (*fr. 13. § 2. i. f. D. cit.*).[12]

§ **561**] 2) Eine successive Mehrheit kommt in Frage, wenn in die Rechte des bisherigen Pfandgläubigers an dem bestimmten Pfandobject ein Anderer eintritt. Eine solche *successio in locum prioris s. in pignus* findet Statt, a) wenn Jemand unter Abfindung des Gläubigers eines Anderen sich von Letzterem für die dargeliehene Abfindungssumme ausbedingt, daß er, der Abfindende, das Pfandrecht des Abgefundenen haben solle (*fr. 3. D. quae res pignori 20, 3*); b) wenn im Falle einer Novation der Forderung eine Erneuerung des Pfandrechts verabredet wird mit der Wirkung einer *successio in suum locum* (*fr. 3. pr. D. qui potiores 20, 4*). In diesen Fällen wird von hypothekarischer Succession gesprochen, aber darüber gestritten, ob das spätere Pfandrecht als identisch mit dem früheren, der Vorgang also als ein

---

*) Ueber die Priorität concurrirender Pfandrechte s. unten Kap. 24.

wirklicher Uebergang, oder ob das Pfandrecht des Successors als ein neues und folglich der Vorgang nur als eine Uebertragung der begünstigten Stellung des früheren Pfandrechts auf das neue anzusehen sei.

Die Römische Jurisprudenz scheint bei der letzteren Auffassung stehen, und derselben auch in einem dritten Fall treu geblieben zu seyn: wenn nämlich unter mehrern concurrirenden Pfandgläubigern der nachstehende dem vorgehenden gegenüber das s. g. *jus offerendi** geltend macht und sich dadurch dessen Rang und Stellung verschafft. Hiernach wäre im Römischen Recht von einer eigentlichen *successio in pignus* keine Rede. Eine solche ruht offenbar auf dem Gedanken, daß die durch Errichtung eines bestimmten Pfandrechts geschaffene Pfandstelle einen selbständigen und im Verkehr festzuhaltenden Werth enthält: es wäre mit diesem Gedanken die Hypothek ihres unbedingten Accessionscharakters entkleidet, gleichsam zu einer aus dem Eigenthum ausgeschiedenen Parcelle gemacht, und die Spitze des Pfandrechts, daß es ein eventuelles Veräußerungsrecht ist, bis zur äußersten Consequenz entwickelt. Nach dieser Richtung drängt unser modernes Recht.

§ **562**] VI. Das Pfandrecht soll dem Forderungsrecht dienen.** Nur durch dieses ist es motivirt, *contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae* (*Gai. fr. 4. D. de pignor. 20, 1*), daher ohne Forderungsrecht kein Pfandrecht; wenn das Forderungsrecht bedingt oder zukünftig ist, so ist auch das Pfandrecht ins Ungewisse oder auf die Zukunft gestellt. Insofern trägt das Pfand den Karakter des Abhängigen und Accessorischen.

Die Art der *obligatio* ist gleichgültig für das Pfandrecht, es kann auch auf einen Theil der Schuld beschränkt seyn; am wichtigsten erscheint praktisch das Pfandrecht, wenn die zu sichernde Obligatio an sich nur unvollkommen gilt.[13] Ob der Verpfänder zugleich der Schuldner ist, oder ein Anderer intercedirend verpfändet, ist unwesentlich. *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum; et sive pura est obligatio vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat; sed et futurae obligationis nomine dari possunt; sed et non solvendae [solum?] omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus; et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali; sed in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit. Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena* (*Marcian fr. 5. D. eod.*).

Da die Obligatio selbst transitorischer Natur ist, indem sie ihrer Erfüllung zustrebt und in dieser sich erschöpft, so trägt auch das Pfandrecht vermöge seiner Abhängigkeit den Karakter des Transitorischen:

---

*) s. unten Cursus § 578. **) s. oben Cursus § 485.

es hört entweder mit Tilgung der Forderung, oder durch Geltendmachung der Distractionsbefugniß auf, und das Pfandobject ist dann wieder frei vom Pfandnexus. So ist das Pfandrecht ein sachliches Abbild des persönlichen *vinculum obligationis*, und es erklärt sich, daß der Pfandnexus, obwohl ein *jus in re*, wie die Servitut (*Gai.* in *fr. 30. D. de noxal. act. 9, 4* und *fr. 19. pr. D. de damno inf. 39, 2*), doch nicht als *servitus*, sondern als *obligatio rei* in den Quellen bezeichnet wird; am gewöhnlichsten sind (neben *pignori dare*, *pignus contrahere*, *rem pignerare*) die Wendungen: *rem, pignus obligare s. obstringere, rem pignori obligare*, oder *hypothecae jure obligare, res pignoris nomine obligata* oder bloß *res obligata*, und *pignoris obligatio* bedeutet bald den Verpfändungsact, bald den Pfandnexus, bald auch die Verpfändungsurkunde (*Mod. fr. 28. D. de lege Corn. de fals. 48, 10*). Diesen Ausdrücken entsprechen die für die Aufhebung üblichen: *rem s. pignus liberare, luere, solvere.*[14]

§ **563**] VII. Die Stellung des Eigenthümers der Pfandsache. Der Verpfänder bleibt Eigenthümer während des Pfandnexus, er kann als solcher über sie verfügen, also sie veräußern, mit Servituten und weiteren Hypotheken belasten, letztwillig über sie bestimmen, allein immer mit der Begrenzung: *salva pignoris causa* (*fr. 18. § 2. D. de pigner. act. 13, 7*), daher 1) erlischt jede neu aufgelegte Servitut, welche den Verkaufswerth des Pfandobjects zum Nachtheil des Pfandgläubigers mindert, sobald dieser von seiner Distractionsbefugniß Gebrauch macht, 2) ist Freilassung eines verpfändeten Sklaven nichtig (*fr. 3. D. de manumiss. 40, 1*), 3) Bestattung eines Todten im verpfändeten Grundstück unzulässig, weil dieses dadurch *in religionis vinculum* geriethe (mit Ausnahme der Familie: *fr. 2. § 9. D. de relig. 11, 6*). — Er hat die *rei vindicatio* selbst gegen den Pfandgläubiger, wenn dieser ohne Recht dazu die Sache inne hält.

Mobilien, die verpfändet sind, sollen nicht ohne Genehmigung des Pfandgläubigers, dem sonst das Pfandobject leicht entrückt werden könnte, veräußert werden; zwar ist die heimliche Veräußerung nicht ungültig, allein der Veräußerer der *furti actio* ausgesetzt: *furtum rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori auffert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat; utputa si rem pigneratam vendidit, nam et hic furtum eum facere constat* (ein durch Julian festgestellter Rechtssatz: *fr. 19. § 6. fr. 66. pr. D. de furt. 47, 2*).

Gebrauch und Fruchtgenuß verbleiben dem Verpfänder, falls sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend dem Pfandgläubiger eingeräumt sind, wie denn auch aller zufällige Gewinn, welcher durch die Pfandsache geschieht (z. B. Schatzhebung), dem Eigenthümer zukommt (*fr. 21. § 2. D. de pignor. 20, 1*).

§ **564**] VIII. Die Stellung des Pfandgläubigers zum Pfandobject gestaltet sich 1) während des Pfandnexus verschieden a) nach der Verschiedenartigkeit des Pfandobjects,* und b) je nachdem das

*) s. oben Cursus § 559.

Pfandrecht durch ein reines *pactum hypothecae* begründet oder mit Besitzübergabe (Faustpfand) verbunden ist. Das Faustpfand gewährt Interdictenschutz.*

Der Faustpfandgläubiger hat unter Umständen gewisse weitergehende Rechte: aa) Gegenstände, deren Gebrauch ein höchst persönlicher ist (Kleider, Wäsche u. s. w.), darf er nicht (*furtum usus*) benutzen, wohl aber solche, „die dem Schuldner durch ihren ökonomischen Ertrag zu dienen pflegten. Hier macht er sich sogar verantwortlich, wenn er die Sache müßig liegen läßt, doch muß er die Cultur nicht selbst besorgen, er darf auch verpachten. Sogar zu eigenen Zwecken kann er eine solche Sache benutzen, etwa das verpfändete Haus bewohnen, vorausgesetzt daß er den höchsten Preis anrechnet, den er unter den obwaltenden Umständen hätte erzielen können. Der Ertrag wird zunächst auf die Zinsen, dann erst auf das Capital abgerechnet.“[15] bb) Wenn über Zinsen nichts verabredet ist (*cum debitor gratuita pecunia utatur: Paul. fr. 8. D. in qu. caus. pign. tac. const. 20, 2*), so darf der Gläubiger von der besessenen Pfandsache Früchte bis zum Betrag mäßiger Zinsen ziehen (irrig s. g. *antichresis tacita*); nur wenn Unverzinslichkeit ausdrücklich bedungen war, sind alle Früchte an den Verpfänder auszuliefern.[16] cc) Wenn der Schuldner zu Zinsen verpflichtet ist, so kann verabredet werden, daß der Pfandgläubiger statt derselben die Früchte der Pfandsache ziehe: s. g. ἀντίχρησις s. *pignus antichreticum* (*mutuus pignoris usus pro credito — cum in usuras fructus percipiat: Marcian fr. 11. § 1. D. de pignor. 20, 1*): Uebermäßigkeit des Fruchtwerthes wird hier nicht als Wucher behandelt, da den Pfandgläubiger Risico und Wirthschaftslasten treffen (*l. 17. C. de usur. 4, 32*). dd) Wenn der Faustpfandgläubiger andere chirographarische Ansprüche aus Geldcreditirung an den Verpfänder hat, so kann er auch nach Tilgung der Pfandschuld das Pfandobject retiniren, bis ihn der Verpfänder wegen des Uebrigen befriedigt; dieses s. g. qualificirte Retentionsrecht, durch Gordian (*a. 239: l. un. C. etiam ob chirographariam 8, 27*) anerkannt, beruht auf der billigen Erwägung, daß der Schuldner nicht Sachen, auch nicht eigene, dem Gläubiger abfordern soll, so lange er selbst seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt, und steht dem Gläubiger nicht bloß für später, sondern auch für vor der Pfandschuld begründete Forderungen zu.[17]

§ **565**] 2) In der Verkaufsbefugniß (*jus distrahendi*) gipfelt das Recht des Pfandgläubigers. a) Der Verkauf ist nicht eher statthaft, als bis die Pfandschuld fällig (exigibel), und (?) der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt ist (*l. 18. C. de admin. tut. 5, 37* und *l. 7. C. eod. „cessante solutione“*).[18] Bei der Ausübung der Verkaufsbefugniß erscheint der Pfandgläubiger wie ein Stellvertreter des Verpfänders, der sie ihm zugestanden hat, *voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia*

---

*) s. oben Cursus § 491.

non solvatur (*Gai. 2, 64;* dazu *Paul. fr. 13. D. de distr. pign. 20, 5*), indeß liegt, seitdem diese Befugniß ein Essentiale ist, der eigentliche Rechtsgrund nicht mehr in vertragsmäßiger Ermächtigung und Stellvertretung, vielmehr handelt der verkaufende Pfandgläubiger aus eignem Recht — obschon ein etwaiger Evictionsanspruch direct gegen den (ehemaligen) Pfandschuldner geltend zu machen ist —, *in venditione, quae jure pignoris est facta, suum creditor negotium gerit* (*Pap. fr. 42. D. de pign. act. 13, 7*); daher wenn auch der Pfandgläubiger das Pfandobject in Collusion mit dem Käufer zu einem Schleuderpreise veräußert haben sollte, nichtsdestoweniger die Distraction rechtsbeständig und der Verpfänder auf persönliche Entschädigungsklagen beschränkt ist.[19]

b) Das bei der Ausübung der Verkaufsbefugniß zu beobachtende Verfahren anlangend, so liegt dem Distrahenten eine zwiefache Pflicht, deren Versäumniß zwar nicht Nichtigkeit des Verkaufs, aber Schädenanspruch des Verpfänders zur Folge hat, ob: aa) zur *proscriptio pignoris*, d. h. zur öffentlichen Bekanntmachung des Verkaufsvorhabens (*fr. 15. § 32. D. de injur. 47, 10*), bb) zur *denunciatio distractionis*, d. h. Meldung des Vorhabens an den Pfandschuldner, damit er den Verkauf fördern und controliren kann (*l. 4. C. de distr. pign. 8, 28*); diese Meldung ist nicht mit der vorausgängigen Mahnung zu verwechseln, und kann wohl nur dann unterlassen werden, wenn der Pfandgläubiger sich ausdrücklich das Recht sofortigen Verkaufs ausbedungen hat. Dreimalige Meldung muß stattfinden, wenn mit der Verpfändung ein *pactum de non vendendo* verbunden ward (*Paul. Sent. rec. II, 5. § 1; Ulp. fr. 4. D. de pign. act. 13, 7*). Die Wahl des Zeitpunktes und der Art des Verkaufs (z. B. aus freier Hand) ist dem Pfandgläubiger anheim gegeben, im Uebrigen hat derselbe des Pfandschuldners Interesse so viel als möglich zu wahren. Beim Mangel eines annehmbaren Käufers kann der Pfandgläubiger vom Princeps Zuschlag des Eigenthums impetriren (*l. 3. § 2. C. de jure dom. imp. 8, 34; fr. 5. § 3. D. de reb. eorum 27, 9*), es bleibt aber solchenfalls dem Pfandschuldner noch ein einjähriges *tempus luitionis* (*l. 3. pr. C. eod.*). Außerdem fällt das Eigenthum der Pfandsache dem Pfandgläubiger zu, wenn bei der Verpfändung die *lex commissoria** („*si pecunia intra diem certum soluta non sit, pignus creditoris esto*), oder ein bedingter Verkauf verabredet war (*Cato de re rust. 146, 2; fr. Vatic. § 9*).

Besondere Vorschriften galten α) für Verkäufe durch den Fiscus: Fiscalbeamte durften nur im Wege öffentlicher Versteigerung verkaufen (*fr. 50. D. de jure fisci 49, 14; l. 1. C. de jure hastae 10, 3*); β) für den Verkauf eines *pignus in causa judicati captum,*** welcher nicht durch den Gläubiger, sondern durch einen vom Magistrat beauftragten Subalternbeamten geschah (*fr. 3. § 8. D. neg. gest. 3, 5; fr. 50. D. de evict. 21, 2*), und zwar zwei Monate nach der Abpfändung (*fr. 31. D. de re*

*) s. oben Cursus § 551. **) s. unten Cursus § 571.

jud. 42, 1); wenn aber kein Käufer sich fand, konnte *addictio* unmittelbar an den Gläubiger erfolgen (*fr. 15. § 3. D. eod.*), oder das *jus dominii* vom Princeps impetrirt werden (*l. 3. C. si in causa jud. 8, 23*).[20]

c) Mit dem Verkauf erlischt das Pfandrecht, auch wenn der Erlös nicht volle Befriedigung gewähren sollte; die Forderung selbst bleibt natürlich, insoweit keine Befriedigung erfolgt ist. Die Tradition von *res mancipi* gibt dem Käufer bonitarisches —, die von *res nec mancipi* quiritarisches Eigenthum.[21] Den Preis hat der Pfandgläubiger beizutreiben und den etwaigen Ueberschuß (*hyperocha, superfluum* dem Pfandschuldner auszuantworten (*fr. 24. § 2.* und *fr. 42. D. de pign. act. 13, 7*).

Literatur: 1) Gesterding d. Lehre v. Pfdr. n. Grdss. d. R. R. dogmatisch, polemisch dargestellt. (Greifsw. 2. Aufl. 1831). Sintenis Handb. des gem. Pfandrechts (Halle 1836). Bachofen d. Röm. Pfandrecht. I. (Basel 1847). Dernburg das Pfandrecht nach den Grdss. des heut. R. R. II Bde. (Leipzig 1860. 1864). — 2) Dernburg I. S. 94. — 3) Ders. I. S. 68 ff. — 4) Hypothese Dernburgs, I. S. 59. Dazu Rudorff in der Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII. S. 210. und Bachofen Pfdr. S. 13. Puchta Curs. d. Inst. II. § 251. hält vielmehr das *int. de precario* für das Vorbild des *Salvianum* und lässt dieses nur gegen den Pächter selbst zu (wegen *l. 1. C. de precar.* 8, 9). — 5) Dernburg I. S. 61. — 6) so die gewöhnliche Ansicht: Francke civil. Abhdlgn. S. 117. Rudorff *l. c.* S. 206 ff. Dernburg I. S. 78. Dazu Regelsberger Z. Lehre v. Altersvorzug der Pfdrechte (Erlangen 1859) S. 13. — 7) so Bachofen Pfandr. S. 157. — 8) Dernburg I. S. 92. — 9) Anders Dernburg I. S. 21. — 10) Ders. I. S. 484—498. — 11) Ders. I. S. 480—482. — 12) Derselbe I. S. 478. — 13) Büchel Ueb. d. Verpfdg. f. eine nicht vollgültige Oblig. in s. civilr. Erörterungen. II. Nr. 1. — 14) Vergl. Riedel in Hugo's civil. Magazin V. S. 106 ff. und Büchel Ueber die Natur d. Pfandrechts in s. Erört. I. Nr. 2. S. 28 ff. 2. Aufl. S. 145. Obige Quellenausdrücke rechtfertigen aber nicht die Aufstellung des Begriffs eines „dinglichen Forderungsrechts", welcher von Büchel a. a. O. S. 3 ff. und Sintenis Pfandr. § 2. versucht worden ist; vergl. dagegen Puchta Inst. II. § 249. Anm. c) u. Dernburg I. S. 104—121. — 15) Ders. II. S. 70. — 16) Ders. II. S. 74. Anders Stephan im civ. Arch. XXX. S. 355—376. — 17) Dernburg II. S. 94. ff. — 18) Ders. S. 128. — 19) Ders. S. 152 ff. — 20) Müller Civilist. Abhandlgn. III § 14 ff. Fritz Erläuterungen zu Wening's Lehrbuch, I. S. 481 ff. Dernburg II. S. 250 ff. — 21) Ders. S. 202.

XXIV. Kapitel.

II. Erwerb, Verlust und Collision der Pfandrechte.

§ **566**] I. Erwerb des Pfandrechts. Pfandrecht entsteht entweder freiwillig, d. h. durch ein Rechtsgeschäft des Eigenthümers der Pfandsache, oder zwangsweise, d. h. ohne und bez. gegen den Willen des Eigenthümers. Lange Zeit galt lediglich vertragsmäßige Bestellung, verhältnißmäßig spät wurde auch letzwillige Bestellung üblich. Gleichfalls erst der Kaiserzeit gehört es an, daß manche Forderungen von Rechtswegen unter der Fiction eines Vertrags mit Pfandrecht ausgestattet, dann auch gewisse gerichtliche Sicherungsmaßregeln unter den Gesichtspunkt des Pfandrechts gestellt wurden. Adjudication und Ersitzung sind nie als Erwerbsgründe des Pfandrechts anerkannt worden.[1]

Das letztwillige Pfandrecht (s. g. *pignus testamentarium*) anlangend, so war weder das alte Legat (wegen seiner Beschränkung auf civilrechtliche Verhältnisse), noch das neuere Fideicommiß* (wegen seiner auf eine Verpflichtung des Erben beschränkten Wirksamkeit) an sich geeignet, eine unmittelbare Entstehung des Pfandrechts (mit dem Tode des Erblassers oder Erbantritt) zu bewirken, aber der Prätor verstand sich dazu, dem Bedachten eine *missio in rem* zu gewähren, welche gegenüber dem belasteten Erben, sowie gegenüber denjenigen Successoren, welche des Sachverhalts kundig die Sache erwarben, wirksam war (*fr. 9. D. de ann. leg. 33, 1; fr. 12. D. de alim. leg. 34, 1*), und Sept. Severus und Caracalla bestätigten in mehreren Rescripten, daß die Stellung des *in rem missus* eine pfandrechtliche sei (*l. 3. C. ut in poss. legat. 6, 54;* dazu *fr. 5. § 16. D. ut in poss. leg. 36, 4*): ein Mehreres enthält wohl auch die Nachricht Ulpian's in *fr. 26. D. de pign. act.* (*13, 7*) nicht, wo die Worte „[*ex*] *testamento quoque pignus constitui posse*“ die Immission zum Schutz der Vermächtnisse zu bedeuten scheinen.[2]

Die prätorischen *missiones in bona* und *in rem*, womit unter Umständen ein gerichtliches Verfahren begonnen wurde,** sollten entweder auf Grund des angesprochenen Eigenthums oder Erbrechts in den vorläufigen (juristischen) Besitz setzen und waren demgemäß Ausdruck und Realisirungsmittel des angesprochenen Rechts selbst (z. B. die *missio* des Fideicommissars in die vermachte Sache, die *bonorum possessio furiosi nomine* u. s. w.), oder sollten nur eine Detention zum Zwecke der Beaufsichtigung (*custodia*) gewähren und waren daher nur Sicherungsmittel für irgend welches besondere Recht (die *missiones rei servandae causa*, *legatorum servandorum gratia*, *ventris nomine*, *damni infecti nomine: fr. 1. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4*). Die erstere Classe hat nichts mit dem Pfandrecht gemein,[3] auch die zweite bezweckte an sich nicht die Begründung eines Pfandrechts, sondern sollte im Fall unzulässiger Klage eine Rechtshülfe anbahnen oder den Ungehorsam gegen prätorische Anordnungen zum Nutzen des Impetranten brechen, aber der eingeschlagene Weg enthielt dem Pfandrecht so nahe verwandte Momente, daß die Gleichartigkeit anerkannt werden mußte. Zuerst Julian scheint dies unumwunden gethan zu haben: *qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem ejus, qui pro herede usucapit, custodiae enim causa rem tenet; quid ergo est? etiam impleta usucapione jus pignoris retinebit: ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit, aut eo nomine satisdatum* (*fr.* 2. *pr. D. pro herede 41, 4*), und Papinian bezeichnet einen solchen Fall als *pignus praetorium* (*fr. 12. D. pro emtore 41, 4;* dazu *l. 3. C. ut in poss. leg. 6, 54*). Demgemäß wird diese Art Pfandrecht, obwohl alles Pfandrecht dem prätorischen Edict seinen Ursprung verdankt, insonderheit *pignus praetorium* genannt.

§ **567**] 1. *Pignus conventionale.* Das begründende *pactum*

---

*) s. unten Cursus Kap. 59 (des II. Theils).

**) s. oben Cursus § 218. 265.

hypothecae bedurfte keiner Form, konnte daher auch unter Abwesenden (durch Briefe oder Boten: *fr. 23. § 1. D. de pignor. 20, 1*), sowie stillschweigends* oder gar in Gestalt eines verschleiernden Geschäfts eingegangen werden: *emtione pignoris causa facta, non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur* (*Valerian a. 293.* in *l. 3. C. plus valere quod agitur 4, 22*). Von einem System der Publicität war also keine Rede, und die Garantien der Pfandsolidität, die davon abhängen, fehlten, doch drohte die Stellionatsklage dem Schuldner, der betrügerisch eine schon belastete Sache weiter verpfändete (*fr. 3. § 2. D. stellionatus 47, 20*).

Streng genommen mußte der Verpfänder im Augenblick der Pfandbestellung die Sache *in bonis* haben, doch ward in der classischen Zeit aus Billigkeit auch ein anticipirender Pfandvertrag, durch welchen Jemand für den Fall künftigen Erwerbs der Sache (*res aliena, futura*) diese verpfändete (*fr. 16. § 7. D. de pign. 20, 1*), sowie die Convalescenz des Pfandrechts, wofern dem Gläubiger der Mangel des Verpfändungsrechts des Pfandbestellers unbekannt war, und die Sache unvorhergesehen dann in des Verpfänders Vermögen kam, anerkannt, (*Pap. fr. 1. pr. D. eod.; l. 5. C. si aliena res pignori 8, 16*). Solchenfalls entsteht zwar das beabsichtigte Pfandrecht erst mit dem Gelangen der Sache *in bona debitoris*, allein rücksichtlich der zeitlichen Rangordnung wird das dann entstehende Pfandrecht von der Convention an datirt.[4]

§ **568**] Eine anticipirende Pfandbestellung liegt namentlich a) in der Verpfändung von Sachgesammtheiten, z. B. eines Waarenlagers (*taberna, merces*): solchenfalls tritt alles Neuhinzukommende ohne Weiteres in den Pfandnexus ein, aber auch das Veräußerte scheidet aus diesem aus (*fr. 34. pr. D. de pignor. 20, 1*); dies kann der Intention der Contrahenten nicht entsprechen, wenn die Sachgesammtheit nicht *res venalis* ist, z. B. Privatbibliothek oder Gemäldesammlung, oder Hausmobiliar oder Wirthschaftsinventar: solchenfalls beschränkt sich der Pfandnexus auf den im Augenblick der Verpfändung vorhandenen Bestand.[5] — Daß im Fall der Verpfändung einer Heerde das Pfandrecht immer nur an den jeweilig zugehörigen Stücken haftet, folgt daraus, daß die Heerde als *corpus* gilt**: *grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur; sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur* (*Marcian fr. 13. pr. D. eod.*).

b) In der Bestellung einer s. g. Generalhypothek (*generalis obligatio rerum*): diese ist nicht als Begründung eines Pfandrechts an der *universitas bonorum*, sondern als Verpfändung aller einzelnen gegenwärtigen und künftigen Stücke des Vermögens anzusehen, denn wäre die *universitas* Pfandobject, so müßten auch die Schulden in Betracht kommen, und die Pfanddistraction eine *venditio bonorum* seyn, was doch

---

*) Neuere nennen dieses durch *tacita conventio* begründete *pignus* (im Gegensatz des *pignus expressum*) auch *pignus tacitum*, womit nicht das *pignus legale*, welches auch *pignus tacitum* heißt (s. unten § 569), verwechselt werden darf.

**) s. oben Cursus § 433.

nicht der Fall ist. Sie wurde nach griechischem Vorbild[6] in der Kaiserzeit üblich, indem man dem Pfandcontract eine Generalclausel einverleibte; zuerst Gaius erwähnt dieselbe: *quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae* (*fr. 15. pr. D. eod.*); später faßte man sich kürzer: *pignori datur, quidquid in bonis debitor habet habiturusve est* (*Scaev. fr. 34. § 2. eod.; Paul. V, 7. § 16*).

Eine solche Generalhypothek ergriff nicht bloß das Eigenthum, sondern auch den Usucapionsbesitz, den Ususfruct (seiner Ausübung nach), sowie die Forderungen (*l. 4. c. quae res pignori 8, 17*); der Sklave, welcher *consentiente domino* auf dessen Vermögen Generalhypothek aufnahm, verpfändete sich selbst mit (*Paul. fr. 29. § 3. D. eod.*). — Die Humanität zog gewisse Schranken: *obligatione generali rerum, quas quis hubuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse, utputa supellex, item vestis relinquenda est debitori, et ex mancipiis, quae in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse; proinde de ministeriis ejus perquam ei necessariis, vel quae ad affectionem ejus pertinent, vel quae in usum quotidianum habentur, Serviana non competit; denique concubinam, filios naturales, alumnos constitit generali obligatione non contineri, et si qua alia sunt hujusmodi ministeria* (*Ulp.* und *Paul. fr. 6—8. D. eod.*). — Die von der Generalhypothek ergriffenen Objecte blieben auch nach ihrer Veräußerung durch den Verpfänder verhaftet (*fr. 4. D. qu. mod. pign. solv. 20, 6*), doch galt — abweichend vom Specialpfand — eine hinter dem Rücken des Pfandgläubigers vorgenommene Veräußerung eines einzelnen Vermögensstücks nicht als Delict (*fr. 66. D. de furt. 47, 2*).

§ **569**] 2. *Pignus legale*, von den Neueren so genannt, weil die Entstehung durch das Gesetz erfolgt, welches an das Daseyn gewisser Rechtsverhältnisse die Begründung eines Pfandrechts ohne Wollen und Handeln der Betheiligten knüpft. Es kam als Special- und als Generalpfand vor. a) Das älteste specielle Legalpfand war das des Vermiethers eines *praedium urbanum* an den *illata* (Mobiliar; *invecta, inducta*) des Abmiethers, dessen Geltung zuerst von Neratius Priscus, dem letzten Proculianer, als Praxis seiner Zeit (bloß in Rom? in ganz Italien? *l. 7. C. in quib. caus. pign. tac. contr. 8, 15*) angeführt wird (*fr. 4. D. eod. tit. 20, 2*). b) Auf (fruchttragende) *praedia rustica* ward das Illatenpfandrecht nicht angewendet, dagegen hier gesetzliche Hypothek an den *fructus in fundo nati* angenommen (*Pomp. fr. 7. eod.;* dazu *Afric. fr. 61. § 8. D. de furt. 47, 2*). Die Jurisprudenz faßte diese Fälle, da die Rechtsregel aus einer thatsächlichen Gewohnheit hervorgegangen war, als *tacita conventio* (*fr. 3. eod.*) auf und nannte das Pfandrecht *hypotheca tacite contracta* oder *pignus tacitum* (*fr. 4. cit.*), doch blieb die Annahme eines stillschweigenden Vertrags nicht Grundlage, sondern wich allmählich dem Gedanken, daß der Wille des Gesetzes das Pfandrecht entstehen lasse: daher ein solches Pfandrecht auch Sachen

ergriff, auf welchen ein Veräußerungsverbot lag (*fr. 2. 3. D. de reb. eor. 27, 9*). — Zu diesen gesetzlichen Specialpfändern kamen durch ein *Sctum* unter Marc Aurel und eine Constitution des Sept. Severus: c) das s. g. *pignus insulae* wegen der zum Wiederaufbau vorgestreckten Gelder (*fr. 1. D. in quib. caus. 20, 2*) und d) ein Pfandrecht der Pupillen an den mit ihrem Gelde für des Vormunds oder fremde Rechnung angeschafften Sachen (*fr. 7. pr. D. qui potior. 20, 4; l. 6. C. de servo pign. dato 7, 8*).

Sogar der Idee der Generalhypothek begann nachmals die kaiserliche Gesetzgebung zum Vortheil des Fiscus sich zu bemächtigen: die gesetzliche Generalhypothek schien dem Fiscus ersetzen zu sollen, was das Aerarium an den Vorzügen der Prädiatur besaß, denn dieses altnationale nur auf italische Grundstücke anwendbare Institut war jetzt in Verfall und ist nie auf Fiscalforderungen übertragen worden;[7] indeß ist es zweifelhaft, ob schon in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit und bevor die Idee des speciellen Legalpfands völlig ausgebildet war, jener Ersatz zur Geltung kommen konnte. a) Allgemein wurden die Fiscalbeamten angewiesen, auf Verpfändung des ganzen Vermögens ihrer fiscalischen Contractschuldner bedacht zu seyn, und wahrscheinlich aus dieser Regel bildete sich im 3. Jahrh., seitdem der Fiscus die Rolle des Aerars übernahm,* der Rechtssatz, daß der Fiscus ein generelles Legalpfand am Vermögen aller seiner Contractschuldner habe: Caracalla nimmt diesen Rechtssatz als einen unbestrittenen an (*a. 214: l. 2. C. de priv. fisci 7, 73* und *a. 215: certum est, ejus qui cum fisco contrahit, bona velut pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur*, in *l. 2. C. in quib. caus. 8, 15*), und Ulpian erwähnt, daß auch dem Princeps nebst Gemahlin die Fiscalprivilegien zukämen (*fr. 6. § 1. D. de jure fisci 49, 14*). b) Derselbe Caracalla schrieb dem Fiscus auch wegen der directen Steuern ein Generalpfand am ganzen Vermögen der Steuerpflichtigen zu (*a. 213: l. 1. C. eod.* und *l. 1. C. si propt. publ. pensitationes 4, 46*).

Erst in der Zeit der christlichen Kaiser ist das gefährliche System der Legalpfänder über diese Anfänge hinaus erweitert worden.

§ **570**] 3. *Pignus praetorium.* Als solches galten: a) die *missio legatorum vel fideicommissorum causa:* dieselbe konnte vom Vermächtnißnehmer, wenn die Leistung des Vermächtnisses hinausgeschoben war, aber der onerirte Erbe sich nicht zur Sicherheitsstellung verstand, implorirt werden und ergriff alle Erbschaftssachen des Onerirten, *in subsidium* selbst die *nomina hereditaria* (*fr. 5. § 5—11. fr. 8. 10. D. ut in poss. leg. 36, 4*); b) die s. g. *missio Antoniniana*[8] stand im Fall Verzugs des onerirten Erben dem Vermächtnißnehmer in des Erben gesammtes Vermögen zu und ohne Rücksicht auf Cautionspflicht (Rescript des Caracalla: *fr. 5. § 16. 18. eod.*); c) die *missio rei servandae gratia* in das Vermögen eines *debitor latitans* oder *condemna-*

---

*) s. oben Cursus § 280.

tus zur Sicherung des Anspruchs und Vorbereitung der Execution;* d) die *missio ventris nomine* d. h. Einweisung einer Schwangeren in einen Nachlaß, um sich aus demselben einstweilen Alimente zu sichern, bis zur Entscheidung der Geburt des erwarteten Erben (*fr. 1. D. de ventre in poss. 37, 9*); e) die *missio damni infecti nomine* zur Sicherstellung des Nachbars, welcher von einer neuen Vorrichtung auf dem anderen Grundstück Schaden zu besorgen hat, falls der Eigenthümer nicht Schadensersatz zu leisten gelobt (*fr. 7. D. de damno inf. 39, 2*).

„Der Immittirte erwirbt an dem Vermögensobjecte, dessen er sich bemächtigt hat, ein Recht, welches unabhängig von den juristischen Schicksalen ist, die jenes Object weiter treffen (z. B. der Usucapion: *fr. 12. D. pro emt. 41, 4*); er übt dieses Recht zur Realisirung anderweitiger Ansprüche; es erlischt mit Erreichung dieses Ziels (*fr. 12. 35. D. de rebus auct. jud. 42, 5*). So liegen die Hauptgrundlagen eines Pfandrechts vor, wenn auch keineswegs die Befugnisse des Immittirten im Einzelnen so geordnet sind, wie wenn von vornherein die Schaffung eines Pfandrechts einziger Zielpunkt gewesen wäre".[9] Zum Schutze des Imittirten in der Mitdetention und bez. des (meistens zugestandenen) Fruchtbezugs dient eine persönliche *in factum actio* gegen dolose Verhinderung (*fr. 1. pr. D. ne vis fiat 43, 4; fr. 16. D. de damno inf. 39, 2*).

§ **371**] 4. *Pignus in causa judicati captum.* Auf dem Wege des *jus extraordinarium* entwickelte sich, nachdem schon in der *missio rei servandae causa* die Idee einer processualen Pfandbestellung zu Tage getreten war, auch eine Execution durch Beschlagnahme einzelner Vermögensstücke, die dem im Proceß unterliegenden Schuldner von Obrigkeitswegen abgenommen wurden, um nach zweimonatlicher Frist zum Besten des Klägers öffentlich versteigert zu werden.** Diese Maßregel (*pignoris capio*) scheint zuerst durch ein Mandat des *Antoninus Pius* (*forma, quam Cassio proconsuli praescripsit*) anerkannt worden zu seyn, welches so lautete: *His, qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur; eorum, qui intra diem, vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi, non reddiderint, pignora capi, eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cujus pignora vendita erant* (*Callistr. fr. 31. D. de re jud. 42, 1*).

Der abpfändende Magistrat nimmt die Detention und *custodia* an sich und erklärt damit, daß er keine weitere Veränderung ihrer Rechtsstellung, wodurch das Interesse des Klägers verletzt werden könnte, anerkennen werde; hiermit ist freilich nicht dem Kläger ein Pfandrecht, das er selbständig verfolgen könnte, erworben, aber ihm doch die Aussicht eröffnet auf Befriedigung aus den Pfandstücken vor anderen Chirographariern.[10]

---

*) s. oben Cursus § 265. **) s. Excurse S. 339. 340.

§ 572] II. Verlust des Pfandrechts erfolgt 1) durch *confusio*, d. h. Zusammentreffen des Eigenthums und Pfandrechts in derselben Person (*fr. 29. D. de pign. act. 13, 7; fr. 33. § 5. D. de usurp. 41, 3*), denn man kann nicht ein Pfandrecht an eigner Sache haben; die Consequenz hiervon aber würde eine unbillige seyn, wenn auf den bisherigen Pfandberechtigten, der nunmehr Eigenthümer ist, noch Nachhypothekarier folgen, weil diese dann auf Kosten des jetzigen Eigenthümers eine bessere Stellung erlangen würden: es soll daher der Pfandgläubiger, der das Eigenthum erwirbt, dieselben Rechte, welche er als Pfandberechtigter den Nachhypothekariern gegenüber mit *exceptio* oder *actio hypothecaria* ausüben konnte, behalten, und demgemäß der zweite, dritte Pfandgläubiger noch immer als zweiter, dritter behandelt werden; „während an und für sich die Hypotheken dem Eigenthumsrecht vorgehen, erhält hier das Recht des Eigenthümers eine stärkere Kraft als die Hypotheken; nicht das Pfandrecht aber besteht fort, vielmehr hat das Eigenthumsrecht des ehemaligen Pfandgläubigers hier besondere Berechtigungen, die ihm sonst nicht zukommen.“[11] Dies findet z. B. Statt, wenn der bisherige Pfandgläubiger die Pfandsache behufs der Abfindung eines ihm noch vorgehenden Pfandgläubigers gekauft hat (*fr. 17. D. qui potior. 20, 4; l. 3. C. de his, qui in prior. cred. loc. 8, 19*).

2) Durch Verzicht (*remissio pignoris*), der wohl immer als vertragsmäßiger Act zu denken ist (*l. 2. C. de remiss. pign. 8, 26*), aber in jeder Form, auch stillschweigends und durch concludente Handlungen geschehen kann, z. B. unter Umständen a) durch Rückgabe der Pfandsache an den Verpfänder (s. jedoch *fr. 3. D. de pign. act. 13, 7*); b) oder durch ausdrückliche und vorbehaltlose Gestattung der Veräußerung: *non videtur consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare* (*Marcian fr. 8. § 15. D. qu. mod. pign. solv. 20, 6*), *si in venditione pignoris consenserit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet vel donet vel in dotem det, dicendum erit, pignus liberari: nisi salva causa pignoris sui consensit, nam solent multi salva causa pignoris sui consentire* (*Ulp. fr. 4. § 1. eod.*); c) auch wohl durch Einwilligung in anderweite Verpfändung (*fr. 12. § 4. D. qui potior. 20, 4*).

3) In gewissem Sinn auch[12] durch *praescriptio longi temporis* (von 10, bez. 20 Jahren) seiten eines Dritten, welcher die Sache ohne Kenntniß des Pfandnexus erworben hat (*fr. 5. § 1. D. de div. temp. praescr. 44, 3; l. 8. pr. C. de praescr. XXX. v. XL. ann. 7, 39*): wogegen die eigentliche Usucapion hier einflußlos war, *pignoris enim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur* (*Pap. fr. 1. § 2. D. de pignor. 20, 1* und *fr. 44. § 5. D. de usurp. 41, 3*).

4) Durch Mißbrauch des Pfandobjects erlischt das Pfandrecht nicht, sondern wird bloß ein mit der *actio pigneraticia** zu verfolgen-

*) s. unten Cursus Kap. 37 (des II. Theils).

der Entschädigungsanspruch begründet;[13] nur zum Schutze von Sklavinnen ward angenommen: *si prostituit ancillam vel aliud improbatum facere coëgit, illico pignus ancillae solvitur* (*Ulp. fr. 24. § 3. D. de pign. act. 13, 7*).

Weder durch einseitige Dereliction, noch durch einfachen Nichtgebrauch kann das Pfandrecht verloren gehen.

§ **573**] Selbstverständlich ist es, daß das Pfandrecht auch erlischt

5) durch Untergang der Pfandsache; als solcher gilt auch die völlige Umwandlung des Stoffs in eine neue Sache: *si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignoris, Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis, et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait: quaeque ex silva facta natave sint* (*Paul. fr. 18. § 3. D. eod.*). Abweichend vom Ususfructus* ist, „daß solche Veränderungen mit der Pfandsache, welche deren Identität nicht antasten und ihr nur eine neue ökonomische Bestimmung geben, ohne Einfluß auf das Pfandrecht bleiben, da dieses Recht nicht an eine specielle Art der ökonomischen Verwendung gebunden ist."[14] *Si res hypothecae data, postea mutata fuerit, aeque hypothecaria actio competit: veluti de domo data hypothecae et horto facta; item si de loco convenit, et domus facta sit; item de loco dato, deinde vineis in eo positis* (*Marcian fr. 16. § 2. D. de pignor. 20, 1*); *si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore suo restituta: idem in nova insula juris habes* (*Labeo fr. 35. D. eod.*).

6) Durch Tilgung der Schuld, für welche das Pfand haftete: *liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est* (*Ulp. fr. 6. pr. D. eod.*); als Tilgung gilt aber nicht, wenn die Schuld auf eine *naturalis obligatio* zusammenschrumpft, *ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit* (*Ulp. fr. 14. § 1. eod.*; dazu *Paul. fr. 59. pr. D. ad Sct. Trebell. 36, 1: remanet propter pignus naturalis obligatio*), — und, obschon das Pfandrecht seiner Natur nach nicht untheilbar ist,[15] gilt im Römischen Recht doch der Satz, daß das Pfand so lange ganz haftet, bis die Forderung vollständig und sammt allen mitgesicherten Nebenforderungen aufgehoben ist: *non prodest ad pignus liberandum, partem creditori solvere* (*Paul. fr. 85. § 6. D. de V. O. 45, 1*); *sive usurae in stipulatum sint deductae, sive non: si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit* (*Ulp. fr. 11. § 3. D. de pign. act. 13, 7*), und insofern läßt sich mit Papinian sagen: *indivisa pignoris causa* (*fr. 65. D. de evict. 21, 2*).

7) Durch Ausübung der Distractionsbefugniß.**

8) Da Pfandbestellung auch unter Resolutivbedingung, oder auf Zeit vorkommt, so kann es geschehen, daß in Gemäßheit solchen Vertrags der Pfandnexus aufhört und zwar von selbst (*fr. 6. pr. D. qu. mod. pign. solv. 20, 6*).

§ **574**] III. Collision der Pfandrechte. 1. Concurrenz. Das

---

*) s. oben Cursus § 544. **) s. oben Cursus § 565.

Pfandrecht ist an sich ein theilbares Recht, es kann daher an einer Sache auch zu ideellen Theilen bestellt werden, welche entweder im *pactum hypothecae* ausdrücklich bestimmt sind oder sich von selbst aus dem Acte gemeinschaftlicher Verpfändung an mehrere Gläubiger ergeben: „dann ist jedem Pfandgläubiger gleichsam ein verschiedenes Pfandobject angewiesen."[16]

Eine gemeinschaftliche Verpfändung an Mehrere bewirkt nämlich: a) wenn dies beabsichtigt war, *obligatio rei in solidum* (Solidarpfand): dann hat jeder das volle und gleiche Distractionsrecht, b) im Zweifelsfall aber immer *obligatio rei pro partibus* (Theilpfand), weil dies das für den Verpfänder Günstigere ist; welcher Theilungsmaßstab letzternfalls im Zweifel gelte, war bestritten, indem Paulus und Ulpian Theilung nach Köpfen (*aequales partes: fr. 20. D. de pign. act. 13, 7*; *fr. 10. D. de pignor. 20, 1*), Marcian und Papinian nach Verhältniß der Schuldbeträge (*pro quantitate debiti: fr. 16. § 8. D. eod.; fr. 96. § 3. D. de solut. 46, 3*) annahmen: letztere Meinung verdient als die sachgemäßere den Vorzug.[17] *Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur* (*fr. 10. cit.*), — *si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est* (*fr. 20 cit.*), — *si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur; et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum* (*fr. 16. cit.*).

§ 575] Außer dem Fall gemeinschaftlicher Verpfändung wird im Zweifel immer solidarische *obligatio rei* für jeden Gläubiger angenommen, also nicht bloß, wenn an jeden der Mehrern in verschiedenen Zeitpunkten verpfändet wird, sondern auch „wenn beide Pfandrechte gleichzeitig aber getrennt und in verschiedenen Acten, ohne daß die Gläubiger von ihrer Concurrenz gegenseitig Kenntniß hatten, bestellt wurden (z. B. brieflich), desgleichen wenn in Einem Augenblick mit der Conventionalhypothek die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts zusammentraf, endlich wenn mehrere Pfandrechte zwar zu verschiedenen Zeiten bestellt seyn mögen, das Datum ihrer Bestellung indeß in der Weise unsicher ist, daß die Priorität nicht mehr ermittelt werden kann."[18]

Der Begriff des Pfandrechts nun läßt unbeschränkte Anzahl solidarischer Hypotheken an derselben Sache zu, und so lange der Gesammtbetrag der so gesicherten Forderungen den Gesammtverkaufswerth des Pfandobjects nicht erreicht, erscheint das Interesse der Pfandgläubiger nicht gefährdet; wird aber die Sache durch Solidarpfänder überlastet, so ist eine Vollbefriedigung sämmtlicher Gläubiger aus dem Pfanderlös, folglich die unverkürzte Geltendmachung aller Pfandrechte neben einander unmöglich, und in entsprechendem Maße die Wirksamkeit der Pfandrechte gehemmt: eine dergestalt hemmende Anhäufung concurrirender Pfandrechte heißt Collision. Collision der Pfandrechte ist eine Concurrenz, welche einen Conflict der Gläubiger-In-

teressen enthält, die Möglichkeit eines solchen Conflicts bildet eben die Achillesverse der Hypothek, gegenüber welcher die alte *fiducia* im Vortheil ist, und dem ordnenden Rechtssinn ist hier ein hervorragendes Problem gestellt.

§ **576**] 2. Rangordnung. Wie ist von den Römern das gestellte Problem gelöst worden? Es wären Rechtssätze denkbar, wie folgende: daß im Falle einer Collision Alle paritätisch zu behandeln und zwar, wie wenn Theilpfand bestellt sei, entweder *pro quantitate debiti* oder *pro virilibus partibus* zu befriedigen seien, oder auch daß eine Rangordnung auf dem Wege des Zufalls hergestellt werden, etwa das Loos oder aber die Prävention in der Geltendmachung des Pfandrechts entscheiden solle: allein derartige Rechtssätze würden das Interesse jedes Gläubigers, der sich ein Pfandrecht verschafft, gefährden, denn es würde ihm sein früher erworbenes Pfandrecht durch jene Antheilsberechtigung oder diese Vorziehung jüngerer Pfandberechtigter auf eine Weise geschmälert oder entwerthet werden, welche, wie sie der Treulosigkeit des Verpfänders freien Spielraum ließe, gegen den älteren Hypothekarier eine grobe Ungerechtigkeit enthielte. Ein solcher Rechtssatz wäre also nicht Lösung, sondern Durchschneidung des vom Verpfänder geschürzten Knotens.

Die Lösung ergibt sich vielmehr aus dem rechtlichen Wesen der zum dinglichen Recht entwickelten Hypothek von selbst: hiernach hat der Pfandnehmer ein festgestelltes absolutes unmittelbares Recht am Pfandobject erworben, und der Pfandbesteller (Pfandeigenthümer) erscheint hierdurch beschränkt, so daß er weder durch Eigenthumsübertragung auf einen Anderen, noch sonst, also auch nicht durch werthmindernde Belastung des Objects mit dinglichen Rechten Anderer den Pfandberechtigten verkürzen und benachtheiligen kann; m. a. W. der Vorausgang der Bestellungszeit begründet einen Vorrang des Pfandrechts, weil jede Gleichstellung oder Bevorzugung späterer Pfandnehmer ein Eingriff in das wohlerworbene Recht des früheren wäre: hatten doch Gaius und African überhaupt noch jede Weiterverpfändung nur als eine bedingte geachtet (*fr. 15. § 2. D. de pignor. 20,1; fr. 9. § 3. D. D. qui potior. 20, 4*). — Dieses pfandrechtliche Grundgesetz* (*superioris temporis ordo: Pap. fr. 3. pr. D. eod.*) wird von Papinian mit *prioris causa est potior* bezeichnet (*fr. 3. § 1. D. eod.*), in zwei Constitutionen des Sept. Severus (v. J. 213 und 214) so ausgedrückt: *praevalet jure, qui praevenit tempore* und *sicut prior es tempore, ita potior es jure* (*l. 2. 4. C. qui potiores in pignore 8, 18*) und von Gaius in folgender Weise ausgeführt[19]: *Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam: quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata; licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pe-*

*) Ueber die für dieses Grundgesetz wichtige und schwierige Frage der Datirung der Pfandrechte (s. oben § 567) sind die Pandektenvorträge zu vergleichen.

cuniam. § 1. Videamus, an idem dicendum sit, si, sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accipit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat conditio: ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset: quod et melius est. § 2. Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est: quod posterius factum est (*fr. 11. pr. — § 2. D. qui potiores 20, 4*).

Sind die Hypotheken mehrer Gläubiger gleichzeitig entstanden, z. B. eine Conventional- und eine Legalhypothek, oder ist die Priorität nicht auszumitteln, so sind sie von gleicher Stärke, und daher hat unter den Concurrenten der Besitzer den Vorzug (*melior est conditio possidentis: Ulp. fr. 10. D. de pignor. 20, 1*).

§ 577] Die Priorität bestimmt sich ohne Rücksicht auf Titel und Art des Pfandrechts; es ist daher gleichgültig, „ob es der Parteiconvention oder dem Gesetz oder dem Richter* seine Existenz verdankt; es stehen nicht etwa, wie man früher wohl zu behaupten versuchte, die gesetzlichen Pfandrechte späteren vertragsmäßigen nach, auch hat die speciell ausgesprochene Verpfändung keinerlei Vorzug vor dem an demselben Object durch generelle Bewilligung früher entstandenen Pfandrecht.“[20] *In pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem* (*Marcian fr. 12. § 10. D. qui potior. 20, 4*). Doch gibt es Ausnahmen von der Herrschaft des Prioritätsgesetzes:

a) „Das Datum der Bestellung bestimmt dann über den Vorzug, wenn die mehrern Pfandrechte sämmtlich vom Eigenthümer der Sache herrühren, auch wird das Alter dann den Rang bestimmen, wenn die Pfandgläubiger ihre Rechte von demselben Nichteigenthümer herleiten (*fr. 14. D. eod.*), oder wenn sie dieselben zwar von mehrern publicianischen Besitzern erhielten, die aber unter einander in einem Successionsverhältniß stehen.[21] War aber das Recht der Autoren von verschiedener Stärke, war etwa der Eine publicianischer Besitzer, der Andere Eigenthümer, so geht das vollwichtigere Pfandrecht natürlich dem minder gut fundirten, ohne Rücksicht auf das Alter, vor. Leiten die collidirenden Pfandgläubiger ihre Rechte von verschiednen publicianischen Besitzern ab, deren Rechte von gleicher Stärke sind, so kommt das Alter der Pfandrechte gleichfalls nicht in Betracht, vielmehr gibt hier der Besitz die Vorhand“ (*fr. 14. D. qui pot. 20, 4*).[22]

b) Durchbrochen wird das Prioritätsgesetz durch die s. g. Pfandprivilegien, deren das Recht der classischen Jurisprudenz aber nur

*) s. oben Cursus § 571.

zwei kennt. aa) Das s. g. **Privileg wegen** *versio in rem* findet nach Papinian's und Ulpian's Ansicht (*fr. 3. § 1. fr. 5. 6. 7. § 1. D. eod.*) statt, wenn die Dazwischenkunft des jüngeren Hypothekariers einem früher verabredeten Pfandrecht zur Entstehung verhilft oder einem vorhandenen den Bestand sichert: den ersteren Fall hat Diocletian ausdrücklich bestätigt: *Licet, iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores: tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri, juris auctoritate declaratur* (*l. 7. C. qui pot. 8, 18*); über den zweiten Fall sagt Ulpian: *Interdum posterior potior est priore, utputa si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata et ad armandam illam rem vel reficiendam ego crediderim; hujus enim pecuniam salvam fecit totius pignoris causam* (*fr. 5. 6. D. cit.*). Motivirt ist dieser Vorrang durch den Gedanken, daß Niemand sich auf fremde Kosten bereichern dürfe, bedingt aber dadurch, daß sofort bei der Creditirung das neue Pfand bestellt wurde, weil nur so gesagt werden kann, daß diese Pfandbestellung dem älteren Pfandgläubiger Vortheil brachte.[23] — bb) Das **Privileg des Fiscus** wegen Steuerrückständen (*Caracalla* in *l. 1. C. si propt. publ. pensitationes 4, 46*), wozu später das Pfandrecht am Vermögen des Fouragemeisters (*primipilus*) gefügt ward (*Aurel. Carus a. 283: l. 4. C.* in *qu. caus. pign. tac. contr. 8, 15*);[24] wegen gewöhnlicher Contractsforderungen bestand kein allgemeines Privileg (*fr. 8. D. qui potior. 20, 4*), doch scheint es, als ob seit Papinian ein solches im Fall der Concurrenz mit älteren Generalhypotheken betreffs später erworbener Sachen angenommen ward (*fr. 28. D. de jure fisci 49, 14*).

c) Unter mehreren prätorischen Pfandgläubigern, welche auf Grund desselben Missionstitels* in den Besitz eingewiesen sind, begründet die frühere Decretserlangung und Besitzergreifung keinen Vorrang: *nullum ordinem observamus, sed simul omnes aequaliter tuemur* (*Ulp. fr. 5. § 3. D. ut in poss. legator. 36, 14*).

In Gemäßheit des so modificirten Zeitgesetzes ist gewöhnlich, doch eben nicht immer, der ältere (*prior, antiquior, anterior*) auch der stärkere oder bessere (*potior, potentior, melior*), der jüngere (*posterior*) aber der schwächere oder schlechtere Pfandberechtigte. Die vorgehenden, d. h. stärkeren werden auch als **Vorhypothekarier**, die nachstehenden, d. h. schwächeren als **Nachhypothekarier** bezeichnet.

§ **378**] **Die Rechte des Nachhypothekariers** sind die eines Pfandberechtigten, aber beschränkt durch die Uebermacht des Vorhypothekariers: er kann mit der *actio hypothecaria* die Herausgabe der Pfandsache von Jedem, außer dem Vorhypothekarier, sowie Befriedigung aus dem Pfanderlös, außer auf Kosten des Vorhypothekariers, d. h. also nur aus dem Erlösüberschuß (*hyperocha*), verlangen (*fr. 12. § 5. D. qui potior. 20, 4*); er kann auch weder selbst das Pfand auf seine

---

*) s. oben Cursus § 570.

Hand verkaufen (*fr. 1. 5. pr. D. de distr. pign. 20, 5*),[25] noch den Vorhypothekarier zum Verkauf nöthigen.

In der Uebermacht des Vorhypothekariers liegt es, daß derselbe sein Pfandrecht ohne Rücksicht auf die Nachhypothekarier ausüben, also z. B. den Pfanderlös zu seiner vollen Befriedigung verwenden kann, auch wenn nichts für jene übrig bleiben sollte, und daß er mit der hypothekarischen Klage, z. B. auf Herausgabe der Sache, selbst diese Nebenhypothekarier besiegt (*fr. 12. pr. fr. 20. D. qui potior. 20, 4*).

Ein besonderes Recht des Nachhypothekariers*, welches ihm unter Umständen sehr zu Statten kommen kann, ist das *jus offerendi et succedendi* (s. g. Auskaufs-, Eintretungs-, Abfindungsrecht), d. h. das von der Zustimmung sowohl des Schuldners als des Vorhypothekariers unabhängige Recht, durch Abfindung (völlige Befriedigung) des Letzteren in dessen pfandmäßige Vorrechte einzutreten. Der Abfindende hat hiervon den Vortheil, sich zum Herrn der Situation zu machen, und kann so z. B. einen vorzeitigen Pfandverkauf verhüten, einen jetzt gerade günstigen beschleunigen. *Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit* (*Sept. Severus a. 198: l. 1. C. qui potior. 8, 18*) — *Cum secundus creditor, oblata priori pecunia, in locum ejus successerit, venditionem, ob pecuniam solutam et creditam, recte facit* (*Marcian fr. 5. pr. D. de distr. pign. 20, 5*).

Literatur: 1) Büchel Civilr. Erört. I. No. 2 S. 51 ff. Sintenis Pfdr. § 36. Dernburg Pfandrecht I. S. 177 ff. — 2) Ders. I. S. 285. — 3) Ders. I. S. 401. Nicht unterscheidet Bachofen Pfandrecht S. 281—480. — 4) Schilling Inst. II. § 210. Regelsberger z. Lehre v. Altersvorzug der Pfandrechte (Erlgn. 1859) S. 11. 71 ff. Dernburg I. S. 246 ff. Anders Sintenis S. 386 ff. und Bachofen S. 260 ff. — 5) So Dernburg I. S. 460. — 6) s. Dernburg I. S. 72. 501. — 7) so Dernburg I. S. 335; anders Bachofen Pfandr. S. 234. — 8) Marezoll in d. Zeitschr. f. Civilr. und Proc. IX. S. 127 ff. — 9) Dernburg I. S. 408.; zum Theil abweichend Bachofen S. 426. 479. — 10) Dernburg I. S. 419. — 11) Ders. II. S. 570. — 12) s. Ders. II. S. 597 ff. Schmid Grundlehren d. Cession I. S. 145 ff. Abweichend Huschke *de pignore nominis* (Gött. 1820.) p. 26 sq. Trotsche d. Verpfändungsrecht d. Pfandgläubigers (Güstrow, 1834) S. 19 ff. u. Sohm d. Lehre v. *subpignus* (Rost. 1864) S. 68—88. — 13) Dernburg II. S. 596; anders Gesterding Pfdr. S. 357. — 14) Dernburg II. S. 559. — 15) Wächter i. Arch. f. civ. Praxis XXVII. S. 188 ff. Ubbelohde Lehre von den untheilbaren Obligationen (Hann. 1862) S. 15 ff. Dernburg II. S. 29. — 16) Ders. II. S. 30 u. 407. — 17) v. Bülow Abhdlgn. üb. einz. Materien d. R. R. I. (Braunschw. 1817) S. 154. — 18) Dernburg II. S. 409; spricht nicht *fr. 4. D de pignor.* (*13, 7*) (*denunciatum ut solverit, et cessaverit*) dagegen? — 19) s. dazu Dernburg I. S. 193 u. Regelsberger z. Lehre v. Altersvorzug d. Pfndr. S. 18. 82 ff. 104. — 20) Dernburg II. S. 412. — 21) Vergl. dazu Löhr im Arch. f. civ. Prax. VI. S. 154. XIV. S. 161 ff. Fritz Erläuterungen üb. Materien etc. II. S. 496 ff. — 22) Dernburg II. S. 416. — 23) Ders. II. S. 434. — 24) Ueber den inneren Zusammenhang des fiscalischen Privilegs mit dem Privileg wegen *versio in rem*, sowie über dessen Zu-

---

*) Ueber die Frage, ob auch dem Vorhypothekarier gegenüber dem Nachhypothekarier ein *jus offerendi* zukomme, s. die Pandektenvorträge.

sammenhang mit der hypothekarischen Succession* vergl. Dernburg II. S. 440. 496. — 25) so Dernburg II. S. 436ff.; dazu Wächter i. Arch. f. civ. Prax. XIV. S. 378ff. und Schlayer i. d. Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. XX. S. 186. ff. — 26) So Löhr i. Arch. f. civ. Prax. XIV. S. 170ff., Sintenis S. 653. u. Dernburg II. S. 484; abweichend Bopp i. Arch. f. civ. Proc. XV. S. 350. und Bachofen I. S. 485ff.

XXV. Kapitel.

III. Schutz des Pfandrechts.

§ **579**] I. Possessorische Rechtsmittel. Es hängt theils mit der späten Ausbildung, theils mit der künstlichen, insbesondere mit der accessorischen Natur des Pfandrechts zusammen, daß auf dasselbe die Idee einer *possessio hypothecae*, analog der *quasi possessio servitutis*, daher ebenso das Institut der Ersitzung keine Anwendung fand. Doch wurde dem Pfandbesitzer dadurch geholfen, daß ihm zum Schutze der *detentio rei* selbst ableitungsweise die possessorischen Interdicte gewährt wurden,** welche oftmals denselben Dienst verrichteten, als wäre dem Pfandgläubiger ein Pfandrechtsbesitz und dessen Schutz gewährt.

Außerdem stand in ländlichen Pachtverhältnissen dem Pfandgläubiger wegen der verpfändeten *invecta et illata* ein *interdictum adipiscendae possessionis,* das s. g. *interd. Salvianum* zu;† dasselbe wurde *utiliter* wegen solcher Erzeugnisse der *invecta et illata* gegeben, welche erst im Besitze eines Dritten entstanden: *si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, et eam vendiderit: quod apud emtorem ex ea natum est, ejus apprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet* (*Jul. fr. 1. pr. D. de Salv. int. 43, 33*). — Eine Ausdehnung über das Gebiet des Landpachts hinaus hat dieses Interdict nicht erfahren.[1]

§ **580**] Gewissermaßen eine Ergänzung des possessorischen Schutzes war es, daß unter Umständen dem Pfandgläubiger ein gewisses Maß von Selbsthülfe zugebilligt wurde; wenigstens scheint es, daß Paulus (*Sent. rec. V, 26. § 4*) dem Pfandgläubiger, welcher sich im Interdictenbesitz der Pfandsache befindet und die Detention einem Anderen, z. B. dem Verpfänder, bittweise überlassen hat, eigenmächtige Besitznahme gestattet, und daß Sept. Severus (*l. 3. C. de pignor. 8, 14*) auch dem bloßen Hypothekarier (ohne Faustpfand), wenn ihm der Verpfänder im Voraus die Erlaubniß eventueller Besitzergreifung gegeben (s. g. *pactum de ingrediendo*), Straflosigkeit zugesichert habe.†† Ob der Ausdruck *conventio* in einer Constitution Diocletians hierauf zu beziehen sei, ist zweifelhaft.[2]

§ **581**] II. Die petitorische Klage zum Schutze des Pfandgläubigers ist die aus der *actio Serviana* hervorgewachsene allgemeine *actio hypothecaria* (*s. quasi Serviana*), welche auch als *vindicatio s. persecutio pignoris*, oder als *pigneraticia in rem actio* bezeichnet wird.

---

*) s. Cursus § 561. **) s. oben Cursus § 491. 514—517. †) s. oben Cursus § 553.
††) Ueber das auf Grund der *l. 3 cit.* im Mittelalter ausgebildete summarische Rechtsmittel sind die Pandektenvorträge zu vergleichen.

Dieselbe ist wohl zu unterscheiden von der persönlichen Klage *ex contractu pigneraticio*, welche dem Verpfänder auf dereinstige Rückgabe des Faustpfandes, dem Pfandgläubiger als *contraria* wegen etwaiger Verwendungen auf die Pfandsache zusteht, und insgemein schlechthin *actio pigneraticia* (*directa et contraria*) genannt wird (*fr. 8. pr. fr. 9. § 5. D. de pign. act. 13, 7*).

Die *actio hypothecaria* ist eine dingliche Klage (*fr. 17. D. de pignor. 20, 1; l. 18. C. de pignor. 8, 14*), sie schützt nur das Pfandrecht an körperlichen Sachen; im Fall der Verpfändung von Rechten, z. B. Forderungen, kommen Rechtsmittel anderer Art in Frage, „die Natur des Pfandrechts an solchen Rechten richtet sich nach der Beschaffenheit dieser Rechte selbst, die Rechtsmittel des Gläubigers sind denen des Verpfänders, dem diese Rechte zustehen, analog.“[3]

§ **582**] Die Klage kommt dem Pfandgläubiger gegen jeden zu, welcher die Pfandsache im eignen oder fremden Namen besitzt, sei es der Pfandschuldner, oder ein andrer Verpfänder, oder ein nachstehender Hypothekarier oder ein Dritter: *in vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? nam si non possideat, nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet* (*Marcian fr. 16. § 3. D. de pignor. 20, 1*). Sie ist für den Faustpfandgläubiger jederzeit, für den bloßen Hypothekarier erst nach Fälligwerdung der versicherten Forderung statthaft, im Fall einer Gefährdung auch schon vorher (*medio tempore, quia interest mea*: *Ulp. fr. 14. pr. eod.*).

Zu beweisen hat Kläger nicht bloß die Begründung seiner Forderung und seinen Pfandtitel, sondern auch den Besitz des Beklagten, außerdem, falls er gegen einen Mitpfandgläubiger klagt, sein besseres Recht, und falls er gegen einen Anderen, als den Verpfänder oder Pfandschuldner selbst klagt, das dem Verpfänder an der Sache zuständige Recht: *quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse: ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est* (*Gai. fr. 15. § 1. eod.*).

Nur gegen den Pfandschuldner selbst, nicht gegen Dritte, kann mit der *hypothecaria* gleich die Schuldklage verbunden werden, doch kann jeder, auch dritte, Beklagte aus eignem Antrieb die Herausgabe der Pfandsache durch Bezahlung des Schuldbetrags selbst abwenden, *neque enim debet quaeri de jure possessoris, cum jus petitoris removeatur soluto pignore* (*Paul. fr. 12. § 1. D. qu. mod. pign. solv. 20, 6*), und dagegen auch vom Kläger Cession der demselben gegen den Pfandschuldner zustehenden Klage verlangen (*fr. 19. D. qui potior. 20, 4*): s. g. ***beneficium cedendarum actionum***.[4] Außerdem kann der, welcher auf Grund eines Generalpfandes auf Herausgabe einer Sache belangt wird, den Kläger zuvor an andere Sachen verweisen, welche ihm wegen derselben Forderung noch speciell verpfändet sind (*Sept. Severus* in *l. 2. C. de pignor. 8, 14* und *Diocl.* in *l. 9. C. de distr. pign. 8, 28*): s. g. ***beneficium excussionis reale***.*

*) Ueber das von Justinian eingeführte *benef. excuss. personale* s. unten den III. Thl.

Literatur: 1) Dernburg Pfandrecht II. S. 345. — Ders. II. S. 328. — 3) Puchta Curs. d. Instit. II. § 250 *sub* 1). — 4) Mühlenbruch Lehre v. d. Cession (3. Aufl.) S. 412 ff., Knorr im Arch. f. civ. Praxis. XXVIII. S. 167. Dernburg II. S. 364 ff. —

Vierter Titel.

Eigenthumsähnliche Prädialrechte.

XXVI. Kapitel.

I. Die Emphyteuse.

§ 583] Einleitung. Während bei dem *usus fructus*, welcher die inhaltreichste Servitut ist, dem Eigenthümer der dienenden Sache der reelle Werth seines Eigenthums durch die streng persönliche Dauer dieser Servitut gewahrt ist,* haben sich im späteren Verkehr innerhalb der Römischen Welt andere Nutzungsrechte an fremder Sache ausgebildet, welche an Inhaltsfülle dem *usus fructus* nahe stehen und nichtsdestoweniger von unbegrenzter Dauer, mithin auch vererblich und veräußerbar sind. Der Bestand des Eigenthums könnte hiermit unverträglich scheinen, denn welcher reelle Vortheil bleibt, so läßt sich fragen, dann dem Eigenthümer übrig, und ist sein Eigenthum dadurch nicht zum leeren Wort gemacht? Man kann sagen, es bleibe ihm die Möglichkeit des Rückfalls der Nutzungsbefugnisse in seine Hand; allein um nicht doch während des Bestehens des fremden Nutzungsrechts den Eigenthümer als Nichteigenthümer erscheinen zu lassen, ist ein Ausgleich gefunden worden, welcher zwar einem fremden Gebiet, nämlich dem des Obligationenrechts, entlehnt ist und insofern eine ganz besondere Künstlichkeit in den Organismus dieses Rechtsverhältnisses hineinträgt, aber eben ein Surrogat für den unmittelbaren Werthinhalt des Eigenthums gewähren kann,** und so auch vor dem Realismus ein Institut rechtfertigt, welches aus verwickelten socialpolitischen Constellationen mit einer gewissen Naturwüchsigkeit hervorsprießt.** In Rücksicht hierauf haben also die hier zu nennenden unbestimmten Nutzungsrechte die Eigenthümlichkeit, daß als Ersatz des reellen Eigenthumswerthes dem Eigenthümer der dienenden Sache ein (insgemein periodisch zu entrichtendes) Aequivalent in Geld (*pensio, vectigal*) seiten des Inhabers des Nutzungs-Rechts geschuldet wird.

§ 584] Man fragt billig, warum in den Fällen, wo ein solches das Eigenthum erschöpfendes Fremdrecht auf ewige oder doch unbestimmte Zeit begründet wird, nicht einfach eine Eigenthumsübertragung beliebt werde. In der Regel sind es wohl Beweggründe von politischer

---

*) s. oben Cursus § 524. **) s. oben Cursus § 485.

Tragweite, welche den Stifter solcher Fremdrechte bestimmen, nicht das Eigenthum völlig aufzugeben, wenn doch einem Anderen die factischen Vortheile eines Eigenthümers eingeräumt werden sollen. Es kann seyn, daß die Landstrecke politisch gebunden, unveräußerbar oder die Veräußerung an schwere Bedingungen geknüpft ist, und doch ihre Nutzbarkeit Anderen zugewendet werden soll. Oder der Grundherr will nicht aufhören, als Grundherr der anzubauenden oder zu bebauenden Strecken und Stücke zu gelten, und doch will er den fraglichen Grund und Boden nicht unbenutzt lassen; selbst will oder kann er ihn nicht nutzen, und doch will er ihn sich auch nicht ganz entfremden; er will ihn unter Aufsicht behalten, vielleicht auch die in die Nutzung eingesetzten Personen an sich knüpfen, von sich abhängig erhalten und so sich einen Kreis von Clienten schaffen, — und der Grundzins, den er bezieht, erscheint ihm selbst und aller Welt als ein Ausfluß und Erweis seiner grundherrlichen Stellung und Würde. Uebrigens geschah in vielen Fällen die Ertheilung des Nutzungsrechts unter solchen Umständen, daß der Nutzungsberechtigte, um sich wirklich einen Nutzen zu verschaffen oder zu sichern, gewisse Verwendungen in das Object machen mußte, durch welche dessen Werth für immer erhöht ward: auch diese Verbesserung machte ein Interesse des Grundherrn aus, dem eine schwache, doch immerhin vielleicht sich verwirklichende Aussicht des Heimfalls blieb.

Es liegt in dem auf Dauer berechneten Wesen dieser Vollnutzungsrechte, daß sie nur an Grundstücken vorkommen: insofern können sie neben die Prädialservituten gestellt werden, die ja auch nur an Grundstücken vorkommen, und wie diese (freilich mit Rücksicht auf das herrschende Grundstück) nach der Art der Grundstücke sich scheiden, so auch jene Vollnutzungsrechte: sie heißen in der fertigen Terminologie *emphyteusis* und *superficies,* je nachdem ihr Object ein *praedium rusticum* oder *urbanum,* d. h. die Bodennaturkraft oder ein Gebäude die Hauptsache ist. Anderseits aber liegt in der Inhaltsfülle und freien Verfügbarkeit dieser Nutzungsrechte, daß sie sich in der Rangirung hart neben das Eigenthum selbst stellen und diesem im Leben zum Verwechseln ähnlich sehen; Macer deutet dies in den Worten an: *Possessor is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet; sed et qui vectigalem [i. e. emphyteuticum?] agrum possidet (fr. 15. § 1. D. qui satisd. cog. 2, 8)* und Ulpian in den Worten: *in bonis nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sunt (fr. 49. D. de V. S.).* Endlich kann es einiges Licht über das praktische Verhältniß des eigenthümlichen Doppelinstituts verbreiten, wenn berücksichtigt wird, daß das Eine mit der Umgestaltung des landwirthschaftlichen Betriebs fern von den Städten, das Andere mit Zuständen im Gedränge der wachsenden Städtebevölkerung zusammenhängt, und wenn die Emphyteuse mit dem *ususfructus,* die Superficies (obschon auch diese im Edict als *frui* bezeichnet ist) mit dem *usus (aedium)* verglichen wird: die erstere ist gewissermaßen ein

ususfructus fundi — die andere ein *usus aedium* „*non ad modicum tempus, sed in perpetuum*“ *impositus* und der Superficiar ein *quasi inquilinus* (*fr. 1. § 3. D. de superf. 43, 18; fr. 1. pr. D. si ager vectigalis 6, 3; fr. 3. § 3. D. de op. novi nunt. 39, 1*).

§ **585**] Die Emphyteuse scheint das altnationale Verhältniß des *ager publicus* (*possessiones* im ursprünglichen Sinn) wiederzuspiegeln, und ist auch mit diesem in Zusammenhang gebracht worden,[1] indeß mit Unrecht, denn das spätere, vielmehr dem absterbenden Römerrecht angehörige, Institut hat sich von eignen Anfängen aus entwickelt, und eher im politischen Gegensatz, als Verfolg der alten *possessiones*. Es hat eine italisch-abendländische und eine griechisch-morgenländische Wurzel: jene ist das *jus in agro vectigali*, welches begründet wurde, wenn Gemeinden (*civitates, municipia*) ihre Communalländereien an kleine Erbpachter austhaten, diese ist das *jus ἐμφυτευτικόν* (*Ulp. fr. 3. § 4. D. de rebus eorum qui sub tutela 27, 9*), welches an fiscalischen und kaiserlichen Patrimonialgütern (s. *Paul.* in *fr. 11. § 1. D. de public. et vectig. 39, 4*) zu deren Urbarmachung gern und wohl immer häufiger, hauptsächlich aber erst seit dem 4. Jahrhundert n. Chr. in Asia, Pontus, Mesopotamia u. s. w., bestellt wurde. Von der ersteren handelte Paulus im 21. Buche *ad Edictum*, die andere bildete namentlich den Gegenstand mehrer Constitutionen der Kaiser Valentinian I. (364—378) und Theodosius I. (379—395): vergl. *Tit. Dig. si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur 6, 3* und *Tit. Cod. de fundis patrimonialibus et emphyteuticis* (*11, 61*).

Die orientalische Emphyteuse (*emphyteusis fundorum patrimonialium vel reipublicae*: *l. 7. C. eod.*) scheint mit ihrer ganzen Entwicklung der nachclassischen Zeit anzugehören (jenes *ἐμφυτευτικόν* in *fr. 3. cit. D.* ein Emblem Justinian's?) und kann in gewisser Hinsicht als ein sociales Schwesterbild des Colonats* betrachtet werden (*coloni vel emphyteuticarii*: *l. 5. C. h. t.*). Zuerst von Diocletian wird neben dem *vectigale praedium* das *patrimoniale s. emphyteuticum* genannt (*l. 13. C. de praed. alim. 5, 21*), und erst durch Justinian erfahren beide Institute ihre formelle Verschmelzung.

§ **586**] Ueber die Entwicklung des vectigalen Prädialrechts wissen wir wenig Bestimmtes. Livius (31, 13) berichtet, daß nach dem zweiten Punischen Kriege, als die Staatsgläubiger ihre Forderungen dringend geltend machten, der Senat decretirte: *ut agri publici, qui intra L. lapidem esset, copia iis fieret; Consules agrum aestimaturos, et in jugera asses vectigales testandi causa publicum agrum esse impondituros, ut, si quis, cum solvere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo*. Der vertheilte *ager*, hiernach *ager Trientius Tabuliusque* genannt, lag vornehmlich im Gebiet von Capua.[2] — Dieser berühmte und vielleicht ähnliche Vorgänge können mitgewirkt haben, daß später von italischen Landstädten deren Commu-

*) s. oben Cursus § 327. Dazu Excurse S. 299 ff.

nalland auf Bodenzins ausgethan wurde. Das Landeigenthum des Röm. Staats (*ager publicus*) war infolge der Ackergesetze und Austheilungen an Militärcolonien während der letzten Jahrhunderte der Republik und im Anfang der Kaiserzeit fast gänzlich aufgezehrt, viele Landstriche in Italien selbst von den Colonien und Municipien als Communalland usurpirt, und in den aus demselben bezogenen Grundzinsen bestand ein wichtiger Theil des Communalvermögens derselben.[3] So geschah es, daß nicht mehr vom *ager publicus*, sondern von *fundi vectigales municipum* oder *agri civitatum vectigales* und *non vectigales* die Rede war (*Jul. fr. 71. § 5. D. de leg. I.* und *Paul. fr. 1. D. si ager vect. 6, 3;* dazu *Plin. Epist. 7, 18*).

Gaius (3, 145) beschreibt dieses Verhältniß in einer an jenen Vorgang vom Jahre 200 v. Chr. erinnernden Weise: *in quibusdam causis quaeri solet, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipalibus, quae ea lege locantur, ut quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus praedium auferatur; sed magis placuit, locationem conductionemque esse.* Julian, wie es scheint, zuerst spricht von einem dem Nutzungsinhaber zustehenden dinglichen *jus in fundo* neben der *proprietas municipum* (*fr. 71. § 5. D. de leg. I.*), offenbar nach Analogie des superficiarischen *jus in solo* (*fr. 86. § 4. eod.*); Papinian aber nennt, und zwar neben der *Publiciana*, auch eine *actio quae de fundo vectigali proposita est* (*fr. 66. pr. D. de evict. 21, 2*), und Paulus schildert ausführlicher das Verhältniß so: *Agri civitatum vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, i. e. hac lege, ut tamdiu pro illis vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, aufferri eos liceat. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipes* (*fr. 1. D. si ager vect. 6, 3*). —

§ **587**] Wir sind nicht berechtigt, Rechts- und Lehrsätze der späteren Kaiserzeit rückwärts auf die Vectigalgüter zu übertragen; was uns aus der Zeit der classischen Jurisprudenz bezeugt ist, beschränkt sich auf Folgendes.

Unzweifelhaft ist, daß dem Nutzung sberechtigten behufs ackerbaulicher Fruchterzielung ein dingliches Recht am Grund und Boden zusteht, welches mit einer *actio in rem* geschützt ist: dieselbe wird von Ulpian *vectigalis actio* genannt (*fr. 15. § 26. D. de damno inf. 39, 2*). Auch andere Rechtsmittel stehen ihm nach Analogie des Eigenthümers zu: *qui fundum vectigalem habet, actionem arborum furtim caesarum habet, sicut aquae pluviae arcendae actionem et finium regundorum* (*Paul. fr. 5. § 3. D. arb. furt. caes. 47, 7*). Das *interdictum de loco publico fruendo* (*fr. 1. D. de loco publ. fruendo 43, 9*) scheint nicht für jenes Nutzungsrecht eingeführt worden zu seyn, da es nur *loci* (Stücke von *fundi*: *fr. 60. D. de V. S.*), nicht *fundi* betrifft und wegen der Beweis-

last (Qualität öffentlichen Bodens und Erpachtung vom Staate) ungünstig war[4]; dagegen mögen dem Inhaber, indem ihm *possessio fundi* beigelegt wurde (*fr. 31. D. de pignor. 20, 1*), die possessorischen Interdicte zu Gebote gestanden haben, wie denn auch jeder redliche Erwerber des Vectigalgutes die *Publiciana* hat (*fr. 12. § 2. D. de Publ. act. 6, 2*).

Daß zur Errichtung des Rechtsverhältnisses formloser Vortrag genügte, und auch keine (*quasi*) *traditio* erforderlich war, ergibt sich daraus, weil es schlechthin auf *locatio conductio* zurückgeführt wird. Wie unter Lebenden, so kann auch auf den Todesfall der Inhaber über sein Nutzungsrecht verfügen; hat er das *praedium vectigale* legirt, so muß der *heres* das *vectigal praeteritum* abtragen (*fr. 39. § 5. D. de leg. I.*). Bei der *actio communi dividundo* soll der Richter den *vectigalis ager* nicht in Regionen theilen, *ne praestatio vectigalis confundatur* (*Ulp. fr. 7. pr. D. comm. div. 10, 3*). Von einer Begründung des Nutzungsrechts durch *diuturnus usus* oder *longi temporis praescriptio* ist in den Quellen keine Rede.

Der Nutzungsberechtigte kann den *ager vectigalis* mit Servituten belasten,[5] welche für die Dauer des Nutzungsrechts Bestand haben (*fr. 1. pr. D. qu. mod. usufr. 7, 4*), und auch sein Recht verpfänden (*fr. 16. § 2. D. de pign. act. 13, 7; fr. 31. D. de pignor. 20, 1*). Servituten, die dem *ager vectigalis* zustehen, kann er ausüben und mittels *utilis confessoria actio* gerichtlich geltend machen, wie schon Julian anerkannte (*fr. 16. D. de serv. 8, 1*), und derselbe Jurist stellt ihn in Betreff des Fruchterwerbs durch bloße Separation* auf gleiche Linie mit dem *bonae fidei possessor* (*fr. 25. § 1. D. de usur. 22, 1*).

Auf die Nutzung hat der Inhaber nur so lange Anspruch, als er das v e c t i g a l entrichtet; zahlt er nicht mehr, so verliert er das Recht (*fr. 31. D. de pignor. 20, 1*). Betreffs der Ausgleichung der *sterilitas* und *ubertas* verschiedner Jahre wird er wie ein andrer Pachter behandelt (*fr. 15. § 4. D. locati 19, 2*).

Daß die dingliche Klage auch auf Zeitpachte der Municipalgüter übertragen wurde, sagt Paulus (*fr. 3. D. si ag. vect. 6, 3*).

Literatur: 1) v. Schröter i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. S. 239 ff. — 2) Mommsen Röm. Gesch. I. (4. Aufl.) S. 806. 841. — 3) Niebuhr Röm. Gesch. (4. Aufl.) S. 171. — 4) so Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XI. S. 338 ff. und Ad. Schmidt in Bekker's Jahrb. d. gem. R. III. S. 251. Anm. Abweichend Puchta Curs. d. Inst. II. § 227. — 5) Thibaut Versuche II. S. 303 ff.

XXVII. Kapitel.

II. Die Superficies.

§ 588] Das Verhältniß des *ager vectigalis municipum* reicht mit seinen Wurzeln gewiß in die Zeiten der Republik zurück; kaum so alt dürfte das superficiarische Nutzungsrecht seyn. Dennoch scheint es,

*) s. oben Cursus § 509.

als ob Letzteres sich früher zu einem besonderen Typus ausgebildet hätte, als sein rusticales Seitenstück. Jenes brachte es nie, dieses schon frühzeitig zu einem einfachen Terminus, was nicht ohne Bedeutung ist.

Daß das Vectigalverhältniß aus dem Prätorischen Edict entsprungen, dafür fehlen die Zeugnisse; dagegen ist es sicher und durch viele Stellen belegt, daß die Superficies Prätorischen Ursprungs ist. Leicht konnte es geschehen, daß die rusticalen Verhältnisse der Municipien, die politisch bedingt und local gefärbt sein mochten, überdem in einer gewissen Entfernung von der Centralstätte lagen, außerhalb des Horizontes der Edictsthätigkeit blieben; die Superficies wies auf städtische Verhältnisse hin, in denen Rom selbst immer Muster und Vorort war, trug von Anfang an ein rein privates Gepräge und gerieth so bald nach ihrem Auftauchen — immerhin einem Zeichen raffinirterer Verkehrsverhältnisse — unter die Hand des Prätor. Auf diese Weise wäre es erklärlich, daß die Superficies dem Vectigalverhältniß geschichtlich den Rang ablief, und letzteres erst durch die Jurisprudenz nach Analogie der Superficies (*? fr. 16. § 2. D. de pign. act. 13, 7*) theoretisch entwickelt wurde.

§ 589] Die thatsächliche Genesis der Superficies anlangend, so ist an dieselbe Geschichtsperiode erinnert worden, welche für das Vectigalverhältniß angeführt wurde: das Schicksal Campanien's, hier vorzüglich Capua's nach dessen Wiedernehmung (i. J. 211 v. Chr.), worüber Livius (26, 16 u. 27, 3) erzählt: *Propter agrum, quem omni fertilitate terrae satis constabat primum in Italia esse, urbs servata est, ut esset aliqua aratorum sedes; urbi frequentandae multitudo incolarum libertinorumque et institorum opificumque retenta; ager omnis et tecta publica populi Romani facta; ceterum habitari tantum, tanquam urbem, Capuam, frequentarique placuit, corpus nullum civitatis esse — Capuae interim Flaccus bonis principum vendendis, agro, qui publicatus fuerat, locando (locavit autem omnem frumento) tempus terit; milites aedificiis emotos, ut cum agro tecta urbis fruenda locarentur, in portis murisque sibimet ipsos tecta militariter coëgerat aedificare.* Man hat auch der *tabernae publicae* gedacht, welche, anfänglich aus Holz, später aus Stein errichtet, dem Privatgebrauch überlassen wurden (*Liv. 39, 44; fr. 32. D. de contr. emt. 18, 1*), und vermuthet, daß mit Beginn des Steinbaus das Marktstandsrecht zum Superficiarrecht umgestaltet worden.[1] Die in der *lex agraria* v. J. 111 v. Chr.* (v. 92 *sq.*) erwähnten *Superficia* sind als Hütten der *pecuarii* oder *villae* der *aratores* erklärt worden, für deren Errichtung oder Benutzung ein *vectigal* (außer dem Weidegeld) zu erlegen gewesen sei.[2] In späterer Zeit kam auch Vermiethung von *loca publica* zu Baustellen vor. Indeß trägt das Superficiarrecht durchaus einen privaten Karakter, und das *interdictum de superficiebus*, mit dessen Aufstellung die Schöpfung einer selbständigen Rechtsform begonnen zu haben scheint, widerstrebt dem Wesen publicistischer Gebrauchsrechte.[3]

*) s. Excurse S. 187.

Der richtige Gedanke ist wohl, die Genesis der Superficies im prägnanten Sinn an bedeutende städtische Ereignisse anzuknüpfen. Es ist in dieser Beziehung an die Bauspeculationen des *Crassus*,[4] wie an die Um- und Aufbaue nach dem großen Neronischen Stadtbrande[5] erinnert worden: in solchen Augenblicken kann wohl ein neuer Typus zum Durchbruch, zum Bewußtseyn kommen. *Seneca* (*Ep. 13, 89*) kennt schon die Superficies, die er in geistreicher Weise für sein philosophisches Theorem über die *ars mathematicae* verwerthet, indem er bemerkt: *non est ars sui juris, cui precarium fundamentum est; philosophia nihil ab alio petit, totum opus a solo excitat; mathematica, ut ita dicam, superficiaria est, in alieno aedificat, aliena accipit principia, quorum beneficio ad ulteriora perveniat.*

§ **590**] Der Zweck der Superficies ist, Jemandem auf Grund und Boden, welcher doch nicht ihm gehört, häusliche Niederlassung und Wohneinrichtung* so zu ermöglichen, daß ihm für immer dieselbe gesichert ist, wie wenn er Grundeigenthümer wäre. Die Wohnung (*superficiaria insula: fr. 39. § 2. D. de damno inf. 39, 2*) soll ihm wie einem Eigenthümer seyn, da aber das Gebäude *pars fundi* und mithin im Eigenthum des Grundeigenthümers ist, so kann das bestellte dingliche Recht nur ein *jus in re aliena* seyn, dessen Inhalt nun eben das vererbliche und veräußerbare Wohnungsrecht bildet. Die Eigenschaft eines *jus in re aliena* ist in den Quellen vielfach bezeugt (z. B. *fr. 19. pr. D. eod.*). Zu dessen Schutz dient eine prätorische *in rem actio de superficie* (*fr. 1. § 3. D. de superficiebus 43, 18*). *Superficiario, i. e. qui in alieno solo superficiem habet, ut certam pensionem praestet, praetor causa cognita in rem actionem pollicetur* (*Paul.* u. *Ulp. fr. 74. 75. D. de rei vind. 6, 1*). Nach dem natürlichen Sinn dieser Worte gehört es zum Wesen des Superficies, daß dem *dominus soli* ein Grundzins (*pensio, solarium*) gebührt,[6] ohne solchen wäre ihm sein Eigenthum werthlos geworden, und jedes Symptom seines fortdauernden Rechts verloren. Hiermit stimmt es, wenn Pomponius bemerkt, daß dem *dominus* an der Erhaltung des Hauses gelegen sei: *damni infecti stipulatio soli domino utilis est, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur, fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda* (*fr. 39. § 2. D. de damno inf. 39, 2*).

Der durchaus gewöhnliche Fall scheint gewesen zu seyn, daß der rohe Platz ermiethet und vom *superficiarius* auf diesem erst das zu bewohnende Gebäude aufgeführt wurde: angedeutet wird dies von *Gaius* (*fr. 2. D. de superf. 43, 18*): *superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint.* Eine besondere Gestaltung führt uns *Ulpian* (*fr. 3. § 7. D. uti poss. 43, 17*) vor: *Si supra aedes, quas possideo, coenaculum* (Speise- oder Mansardzimmer), *in quo alius quasi dominus moretur, interdicto Uti possidetis me uti posse, Labeo ait, non eum, qui*

*) Ueber die Fragen, ob auch an anderen Baulichkeiten — an einzelnen Stockwerken und Kellerräumen — ja an Baumschulen eine Superficies vorkomme, sind die Pandektenvorträge zu vergleichen. In den Quellen werden nur Wohnungsgebäude ausdrücklich erwähnt.

in coenaculo moraretur, semper enim superficiem solo cedere. Plane si coenaculum ex publico aditum habeat: ait Labeo, videri non ab eo aedes possideri, qui κρύπτας possideret, sed ab eo, cujus aedes supra κρύπτας essent; verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit. Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a Praetoribus utentur (dazu *fr. 81. § 3. D. de leg. I; fr. 33. pr. D. de leg. III; fr. 7. D. de instr. leg. 33, 7*). Das Verhältniß kann auch als gemeinschaftliches vorkommen (*superficies communis: fr. 1. § 8. D. de sup. 43,16*). In seiner regelmäßigen Entstehung ist es eine *locatio in perpetuum*, doch wird auch Entstehung durch Kauf, Legat und Schenkung genannt (*fr. 1. § 1. 7. D. eod.*); bestritten ist, ob auch dann wenigstens als Recognitionsgebühr ein (verhältnißmäßig niedriges) *solarium* zu leisten sei oder aber nicht.

In Betreff der Verpfändung der Superficies und ihrer Belastung oder Verknüpfung mit Servituten steht der *superficiarius* dem *conductor agri vectigalis* gleich (*fr. 1. § 6. D. eod.; fr. 16. D. de servit. 8, 1*).

Dagegen ist bestritten, ob, wie der Letztere, so auch der Superficiar eigentliche *possessio aedium*, bez. *fundi*, habe. Dafür, daß er nur *quasi possessor* des *jus superficiarium* sei,[7] kann angeführt werden: das *interdictum de superficiebus* spreche nicht von *possidere*, sondern (ähnlich wie bei Servitutbesitz) von *frui*, und es werde dem *dominus soli* selbst die *possessio* zugeschrieben. Mehr spricht für eigentliche *possessio*[8] die sowohl wirthschaftliche als juristische Analogie des *jus in agro vectigali*, die völlige Gleichstellung des *int. de superficiebus* mit dem *int. uti possidetis* (*tuetur Praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto*: *Ulp. fr. 1. § 2. D. eod.*), die Gewährung des *int. unde vi* an den Superficiar (*fr. 1. § 5. D. unde vi 43, 16*), der mehrmalige Gebrauch der Worte *possidere* und *possessor* vom Superficiar (*fr. 1. § 2. 5. D. eod.*), und die Möglichkeit einer *traditio possessionis* an den Pfandgläubiger desselben (*fr. 13. § 3. D. de pignor. 20, 1*).

Literatur: 1) Degenkolb Platzrecht und Miethe (Berl. 1867) S. 110. — 2) Mommsen *Corp. inscript. latin. I.* p. 101. — 3) Degenkolb S. 112. — 4) Dirksen Abhandl. d. Berl. Acad. Histor.-philol. Classe 1853. S. 138 ff. — 5) Böcking Röm. Privatr.-Inst. (2. Aufl.) S. 108. — 6) Degenkolb S. 43. — 7) v. Savigny Recht des Besitzes § 23. S. 289 ff. (der 7. Aufl.). Rudorff in d. Zusätzen dazu S. 655 ff. Ad. Schmidt in Bekker's Jahrb. d. gem. R. III. S. 256. v. Wächter i. d. Sammlung v. Abhandl. d. Leipz. Jur.-Fac. I. (1868) S. 45 ff. Degenkolb S. 55 ff. — 8) Schilling Inst. II. § 182. Böcking Pand.-Inst. I. § 126. Anm. 7. Baron d. Gesammtverhältnisse i. Röm. R. (Marburg 1864) S. 108 ff.

Zweiter Abschnitt.

Das Schuldrecht.[1]

Erster Titel.

Die allgemeinen Grundzüge.

XXVIII. Kapitel.

I. Der Organismus der Obligatio.

§ **591**] I. Der Uebergang vom Sachenrecht zum Schuldrecht ist der Eintritt in eine übersinnliche Welt, denn die Rechtsobjecte, welche hier in Betracht kommen, sind nicht mit Händen zu greifen: die Welt des Willens ist eine übersinnliche.* Diese Welt ist aber auch eine Welt der Freiheit: die Objecte, welche ihr entnommen sind, bieten sich daher nicht so einfach, fertig und von selbst der rechtlichen Herrschaft dar, wie die Sachen, welche vermöge ihres natürlichen, creatürlichen Bestandes der Beherrschung durch Menschen gewissermaßen halben Wegs entgegenkommen; vielmehr muß hier der Rechtssinn erst schaffen helfen, was er beherrschen will.

Mit dem Schuldrecht wird in das Verkehrsleben eine ganz neue und unabsehbare Perspective hineingetragen, ja eine unerschöpfliche Quelle von Verwicklungen und Künstlichkeiten geweckt. Die Obligatio ist eine Zauberkraft, welche, indem sie wie mit Einem Schlage das ganze Vermögensgebiet des Menschen verändert, den Blick des Statistikers nöthigt, den Güterbestand mit zahllosen Subtractionen und Additionen aufzunehmen. Hinter der sichtbaren Bühnenwelt des Sachenrechts zieht die Riesenkraft der Obligatio die große Mehrzahl der Fäden, wenn die Verkehrs- und Rechtscultur auf die Stufe der Geldwirthschaft gelangt ist,** und der sachliche Güterbestand gleicht dann nur noch der Epidermis, hinter welcher sich der eigentliche Lebenspuls verbirgt. Immer mehr wird die Obligatio die Seele des Vermögens, sie kann geradezu das mobilisirte Vermögen genannt werden, und der Blick muß von der sachlichen Außenseite abstrahiren, um den wahren Vermögensbestand zu ermitteln und Illusionen zu verhüten. Seneca *Ep. 13, 88* drückt dies, das Besitzthum eines Römers schildernd, also aus: *Late possidet, sed multum debet; habet domum formosam, sed alienis nummis paratam; familiam (sc. servorum) nemo cito speciosiorem producit, sed nominibus non respondet; si creditoribus solverit, nihil illi supererit. Idem in reliquis quoque facere debebitis, excutere, quantum proprii quisque habeat.* Und

*) s. oben Cursus § 125. 357. **) s. Excurse S. 196. 218.

er fügt, eine metaphorische Anwendung im Sinn habend, hinzu: *Divitem illum putas, quia aurea supellex etiam in via eum sequitur, quia in omnibus provinciis arat, quia magnus calendarii liber evolvitur, quia tantum suburbani agri possidet, quantum invidiose in desertis Apuliae possideret: et cum omnia dixeris, pauper est. Quare? quia debet.*

§ 592] II. Da wirft sich die Frage auf, wie ein Güterbesitz in Schuldverhältnisse aufgelöst, ein Vermögen in Obligationen mobilisirt werden könne. Diese Frage führt uns auf den civilistischen Bau der Obligatio, der ein ungemein freier, beweglicher und elastischer, man möchte sagen, ätherischer ist. Wir können drei Grundzüge unterscheiden, durch deren Verknüpfung die Obligatio ihr specifisches Gepräge empfängt: ihr Verständniß wird durch folgende Vorbetrachtung erleichtert werden.

Die Obligatio zielt zu allererst nicht auf eine Sache, sondern auf einen Menschen; sie ruft die Thätigkeit eines Menschen auf und hält sich an die Person. Paulus drückt dies so aus: *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat* (*fr. 3. pr. D. de O. et A. 44, 7*). Es ergibt sich daraus, daß jede Obligatio ein Verhältniß von Person zu Person und die bestimmte Obligatio ein Verhältniß des Subjects zu einer bestimmten anderen Person ist: insofern ist Obligatio ein *jus in personam*, und jede Obligatio bestimmt sich wesentlich durch die Person, gegen die sie gerichtet ist.* Einen Schritt weiter geht Papinian; er deutet die Art an, wie die Obligatio an dem Anderen haftet, wenn er von einem Procurator, welcher die Evictionshaftung auf sich genommen, sagt: *fidem suam adstrinxit*, und die Obligatio für ihn ein *onus*, ja ein *vinculum* nennt (*fr. 67. D. de procurat. 3, 3*). Dieses Bild einer Fessel ist national und wendet unsern Blick bis in die ältesten Zeiten Rom's zurück. Ein Römer in Banden: das ist der Schuldner im ursprünglichen Sinn. Aber wie kann Gefangenschaft mit Freiheit, Persönlichkeit, Bürgerrecht zusammengehen?

Die Art des Schuldrechts ist eine ganz andere als die des Sachenrechts, aber genetisch ist jenes aus diesem hervorgegangen, nachdem es sich ursprünglich mit ihm nahe berührt hat. Denn war nicht die Schuldherrschaft im ältesten Rom eine fast mit Händen zu greifende Leibeigenschaft, im energischen Römersinn zur rücksichtslosesten Herrschaft über den Körper des Schuldknechts (*corpus obnoxium*) ausgeprägt? Aber aus dem Schoße dieser Idee einer sinnlichen Obmacht ist dann die Obligatio entbunden, der Gläubiger sah sich nunmehr von der Außenseite an die Innenseite der schuldenden Person verwiesen, und so ward aus der Herrschaft über den Leib, der ein Organ des Willens ist, eine Herrschaft über den Willen selbst. Aber eine Herrschaft über die ganze Willenssphäre? Hier wiederholt sich obige Frage, wie mit der über eine Person eingeräumten Macht die Integrität der Person verträglich sei.

*) s. oben Cursus § 472. Dazu Excurse S. 145.

§ 593] 1) Die Obligatio ist ein transitorisches Rechtsverhältniß. Schon im alten *Nexum* lag die Idee der *captivitas*, nicht der *servitus*, ausgedrückt, d. h. das Recht der freien bürgerlichen Persönlichkeit war nicht vernichtet, sondern nur suspendirt, nicht todt, sondern schlummernd (dazu *fr. 98. § 8. D. de solut. 46, 3: ut videatur magis cessare, quam exstincta esse*), der Schuldknecht hatte Anwartschaft auf Befreiung, und diese Anwartschaft ward ein Anrecht. Es ist ein Recht des Schuldners, daß er gelöst werden, daß er sich selbst von dem *vinculum obligationis* befreien kann, und das Lösegeld ist eben das, was seine Schuld ausmacht, was als *aes alienum* in das Vermögen des Gläubigers gehört, was vom Gläubiger selbst als Ziel und Ausgang des Schuldrechts angesehen wird; *si creditor, quantum ei debebatur, receperit, debitor liberabitur* (*Pomp. fr. 26. D. de solut. 46, 3*).

Während das Sachenrecht in seiner selbständigen Ausbildung (d. h. abgesehen vom Pfandrecht*) auf Dauer zielt, weil es in der Sicherung fortgesetzten Genusses oder Gebrauchs des Objects seine Function erfüllt: erledigt sich die Function der Obligatio in ihrer Erfüllung; die Obligatio ist erschöpft und endigt natürlich, wenn ihre Erfüllung vollendet ist. Diese Aussicht auf Endigung gehört wesentlich zum Stand des Schuldners, und ohne solche zeitliche Commensurabilität würde das Schuldverhältniß zur Leibeigenschaft herabsinken; aber die Commensurabilität ist nur dann gesichert, wenn der Inhalt der Schuld ein begrenzter Werth ist.

§ 594] 2) Die Obligatio ist ein determinatives Rechtsverhältniß. Das Schuldrecht erfaßt, wie wir gesehen haben, den Willen des Schuldners, aber nicht unbestimmt und unbegrenzt, sondern nur, insofern der Wille eine private Vermögensmacht ist, weil eben im Umkreis dieser das liegt, was dem Gläubiger schließlich gebührt; aber es erfaßt auch die Vermögensseite des Schuldwillens nicht unbestimmt und unbegrenzt, weil sonst die Aussicht auf völlige Erfüllung fehlte: die zeitliche Commensurabilität ist bedingt durch eine sachliche, ökonomische.

Die Obligatio hält sich zwar an die Vermögensmacht des Schuldners im Ganzen, nicht etwa an ein einzelnes Stück, das zu seinem Vermögen gehört, aber trägt doch immer in sich ein bestimmtes Maß, dessen Erfüllung abzusehen ist. So wenig das Schöpfmaß eine Quelle erschöpft, so wenig widerspricht das beschränkte Maß der Obligatio dem Wesen der unendlichen Persönlichkeit. Diese Begrenztheit erscheint aber im ausgebildeten Verkehr als Abschätzbarkeit in Geld: jede Obligatio muß sich schließlich in eine Geldsumme übersetzen lassen,** weil Geld der allgemeine Werthrepräsentant und Werthmaßstab ist, und demnach jeder bestimmbare Vermögenswerth in einer bestimmten Geldsumme Ausdruck findet. Modestin nimmt dieses Moment in seine Definition des Schuldverhältnisses auf: *debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest* (*fr. 108. D. de V. S.*).

*) s. oben Cursus § 485. 562.

**) s. oben Cursus § 442.

§ 595] 3) Die Obligatio ist ein versatiles Rechtsverhältniß. Mit jener Beziehung auf die schuldnerische Vermögensmacht im Ganzen und der Begrenzung auf einen meßbaren Vermögenswerth ist aber nicht bloß die privatrechtliche Möglichkeit, sondern auch die ganz ungemeine Versatilität der Obligatio gesetzt, wodurch sie befähigt wird, den mannigfaltigsten Dienst im Verkehr zu leisten und das schwerfälligere und sprödere Sachenrecht weit zu überflügeln. Die Obligatio nimmt gewissermaßen die ganze Sachenwelt in sich auf, denn Alles, was Gegenstand eines dinglichen Rechts seyn kann, läßt sich auch zum Ziel einer Obligatio machen; dieses Ziel ist es, welches in der Legaldefinition der Institutionen (*pr. J. de oblig. 3, 13*) markirt wird: *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae* (*secundum nostrae civitatis jura*). Aber die Obligatio greift noch weiter, denn sie kann auch auf Handlungen gehen, die ohne unmittelbaren Bezug auf Sachen sind, auf positive Handlungen aller Art, ja auf Unterlassungen, sofern sie nur in Geld meßbar sind; *non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur, fieri aliquid, vel non fieri* (*§ 7. J. eod.*). Und innerhalb des Sachengebiets selbst bewegt sich die Obligatio auf's Freieste, denn, während mehrere Sachen eine Mehrheit von Eigenthumsverhältnissen fordern, und jede Sache auf ein Mal nur in Einem Eigenthum stehen kann, kann a) eine Obligatio mehrere Sachen auf Ein Mal, sei es copulativ, oder alternativ, oder successiv umfassen, b) Eine Sache und zwar *in solidum* von Mehreren Obligationen, sei es gleichzeitig oder successiv, ergriffen werden.

So schwebt die Obligatio nicht bloß als ein Element für sich über dem Sachengebiet, sondern durchdringt und belebt dieses zu neuen Rechtsgebilden, und bringt es in tausendfache der rohen Art der Sache fremde Beziehungen, wie sie der civilisirte Verkehr nun eben verlangt. Der Römische Rechtssinn aber hat in aller Beweglichkeit, Behendigkeit und Flüchtigkeit ihres Naturells doch der Obligatio ihre prägnante Gestalt trefflich zu wahren gewußt: ein Beweis für die wunderbare Solidität ihrer Organisation.

§ 596] III. Die Art jedes Rechts bestimmt sich wesentlich mit durch die Art des Rechtsobjects, der Unterschied zwischen Sachen- und Schuldrecht ergibt sich eben nur aus der Verschiedenartigkeit des Rechtsobjects beider: dort eine Sache, hier der Wille eines Menschen. Der Wille des Gläubigers (*creditor*) greift in den Willen des Schuldners (*debitor*) ein, und kraft dieses rechtlichen Eingriffs wird Etwas, das sonst frei, d. h. lediglich vom eignen Entschlusse abhängig ist, gebunden. Frei ist die Person an sich im Gebiete ihres Handelns, auch dann, wenn ein Rath einerseits, oder eine Gefälligkeit anderseits ins Spiel kommt. Demgemäß sagt Gaius: *Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur; tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emtiones praediorum colloces, quam foeneres; cujus*

generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur: quia l i b e r u m *est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium* (*fr. 2. D. mandati 17, 1*) — und Paulus: *Sicut voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere, ejus est, qui beneficium tribuit; cum autem id fecit, i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium* (Gefälligkeit) *tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque, geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac* n u d a e v o l u n t a t i s *fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles* (*fr. 17. § 3. D. commodati 13, 6*).

Was gebunden ist, ist unfrei: der unfreie Wille des Schuldners geht rechtlich im Willen des Gläubigers auf; der Schuldner m u ß, wenn und weil der Gläubiger w i l l: also wird das Wollen des Schuldners zur rechtlichen Nothwendigkeit; *voluntatis est, suscipere mandatum,* n e c e s s i t a t i s, *consummare* (*fr. 17. cit.*). *Necessitas faciendi* ist der technische Ausdruck für die schuldnerische Verbindlichkeit, während *Obligatio* insgemein für das obligatorische Band überhaupt, des Gläubigers Stellung und Recht einbegriffen, gesagt wird: demgemäß nennen die Institutionen die *obligatio* ein *vinculum, quo* n e c e s s i t a t e a d s t r i n g i m u r (*pr. J. de obl. 3, 13;* dazu *Pap. fr. 3. pr. D. de usur. 22, 1*).

Aber der Wille ist nicht unbegrenzt gebunden, nicht überhaupt unfrei, wie wir gesehen haben, sondern lediglich in Ansehung eines bestimmten in Geld darstellbaren Erfolgs: diesen Erfolg herbeizuführen, ist der Schuldner rechtlich genöthigt. Da wir nun den Willen, welcher in die Außenwelt greift, um da eine Wirkung zu erzielen, H a n d l u n g nennen, so läßt sich sagen: Object des Schuldrechts ist e i n e H a n d l u n g des Schuldners, oder da die Wirkung immer ein pecuniär meßbarer Erfolg ist: Object ist e i n e L e i s t u n g des Schuldners. *Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* (*Paul. fr. 3. pr. D. de O. et A. 44, 7*).

§ 597] Die Substanz der Obligatio besteht also in der Herrschaft über eine fremde Handlung: das rechtliche Schicksal derselben als eines Rechtsobjects liegt in der Hand des Gläubigers, der sie entbinden, d. h. den Schuldner freigeben, oder darüber *jure novationis, cessionis* zu Gunsten eines Dritten verfügen, auch sie mit Accessionen (z. B. Pfandsicherheit) ausstatten, und den Schuldner zur thatsächlichen Anerkennung, d. h. Erfüllung nöthigen kann. In der *a c t i o* gewinnt die Substanz ihren Ausdruck, gleichwie in der *possessio* die *proprietas**: die *actio* ist zuerst und im Allgemeinen ein Handeln des Gläubigers, in welchem seine Herrschaft Form gewinnt und sich äußerlich darstellt. Daß der Gläubiger sich seines Schuldrechts rühmen, den Schuldner mahnen, Siche-

---

*) s. oben Cursus § 409.

rungsmaßregeln erforderlichen Falls nehmen kann, gehört zur *actio* im obligatorischen Sinn; so ist *actio* gleichsam die Hand, welche den Schuldnerwillen erfaßt und drängt. Nach dem Recht des alten *nexum* konnte der Gläubiger selbst Besitz von der Person ergreifen; an die Stelle dieser sinnlichen Form ist dann die geistige Form des Ergreifens und Bindens mittels *verborum* oder *scripturae figura* getreten. Vollendet erscheint das sinnliche Moment erst in der Geltendmachung (außergerichtlichen oder gerichtlichen Durchsetzung), und am deutlichsten kommt in der gerichtlichen Formel der Organismus zur Erscheinung: darum ist der Körper der Obligatio vornehmlich als Anspruch an Gerichtsstelle gedacht, und drückt das Wort *actio*, welches bei Obligationen* nicht bloß die Klage, sondern den Ausdruck des Rechts selbst bedeutet,[2] doch immer vorzugsweise den gerichtlichen Anspruch aus.

§ 598] Die Obligatio wird endlich auch als *nomen* bezeichnet mit Rücksicht auf die ökonomische Function, welche sie im Vermögen des Gläubigers erfüllen soll. Das *nomen* ergibt sich aus der *causa obligationis*, denn diese bestimmt die Werthstelle, welche die Obligatio auszufüllen hat, und das Moment, wodurch sie im Vermögensverkehr zur reellen Größe gestempelt und für das Güterleben motivirt wird. Gewährte die Herrschaft über den Willen des Schuldners keinen Nutzen, so wäre sie zwecklos; das *nomen* bestimmt diesen Nutzen, indem es das *aes alienum* aus dem *aes debitoris* ausscheidet und in seiner durch die *causa obligationis* gegebenen individuellen Bestimmtheit markirt. Ohne Bezug auf die *causa* wäre der gebundene Schuldwille ein Abstractum ohne Werth und ohne Füllung, ja er wäre im reellen Erfolg gar nicht ein gebundener, sondern verschwömme schließlich wieder in der Freiheitssphäre des Schuldners; erst durch solchen Bezug auf ein *mutuum*, eine *emtio venditio*, ein *damnum injuria datum*, welche selbst durch ihre concrete Thatsächlichkeit eine reelle Bestimmtheit haben, wird der gebundene Schuldwille ein ausgeschiedenes, ergreifbares, individuelles Object. Die Handlungen, wie sie als Objecte von Schuldrechten vorkommen und gedacht werden, liegen und laufen nicht so fertig in der Welt herum, wie die Grundstücke, Sklaven und Pferde, sondern die Begründung der Obligatio ist zugleich auch die Entstehung des Objects der Obligatio durch Ausscheidung aus des Schuldners Freiheitssphäre, und jede Obligatio ist anders organisirt je nach der Verschiedenheit ihres Entstehungsgrundes. Durch ihren Entstehungsgrund individualisirt sich ihr Werth, ergibt sich ihr Verkehrsgepräge, und mit Rücksicht auf diesen Werth, der nun im Verkehr eine mannigfaltige Rolle spielen kann, wird die Obligatio als *nomen* bezeichnet. —

So können wir eine Obligatio aus dem Gesichtspunkt der *actio* betrachten und gleichsam von ihrer Außenseite nehmen, oder als *substantia* auffassen, d. h. als die bestimmte rechtliche Herrschaft über den

---

*) s. oben Cursus § 473. Abs. 3.

Willen einer anderen Person denken, oder endlich nach dem Werthinhalt dieses gebundenen Willens fragen, um von diesem Gesichtspunkte aus die Construction der Obligatio zu verstehen.

§ **599**] IV. Es ergibt sich aus dem Gesagten, daß zwischen Gegenstand und Inhalt der Obligatio zu unterscheiden ist. Der unmittelbare Gegenstand (das eigentliche Rechtsobject) der Obligatio ist der gebundene Schuldwille, ihren Inhalt bildet der Vermögensstoff, auf den es abgesehen ist, d. h. der aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gläubigers herüberkommen soll. Dieser Inhalt bildet nicht, wie der Gegenstand, ein logisch-nothwendiges, sondern ein organisch-freies Element der Obligatio, und ermöglicht dadurch im Verkehr, welcher Elasticität verlangt, gewisse freie Rechtsgebilde.[3]

Je nachdem der Inhalt der Leistung ein von vorn herein genau bezeichenbarer und bezeichneter ist oder nicht,* werden *certae* und *incertae obligationes* unterschieden: die Thätigkeit des Richters, zu dessen Entscheidung eine Obligatio gelangt, ist sehr verschieden bei jener und bei dieser, denn während er bei jener nur das Ob (zu leisten sei) zu entscheiden hat, gehört es bei dieser wesentlich mit zu seiner Function, zu ermitteln und auszusprechen, Was und Welcherlei und Wieviel.

Neben dieser Unterscheidung und nur zum Theil mit ihr zusammentreffend steht die andere, daß nicht bloß *res*, sondern auch *facta* den Inhalt bilden können; *non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur, fieri aliquid vel non fieri; et in hujusmodi stipulationibus optimum erit, poenam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori, probare, quid ejus intersit* (*§ 7. J. de verb. obl. 3, 15*). Auch die auf *res* gehende Obligatio kann mannichfach unbestimmt seyn: so um deßwillen, weil nicht *certa species*, sondern die Sache nur nach den Merkmalen ihrer Gattung bestimmt ist (s. g. *obligatio generis*) und nicht zu den Fungibilien gehört, oder weil sie mit alternativer Fassung, indem dem Schuldner die Wahl zwischen mehreren Sachen gelassen ist (s. g. *obligatio alternativa*), den Inhalt der Leistung bildet. Daneben kommt in Frage, ob die Obligatio theilbar sei oder nicht; theilbar (*obligatio dividua*) heißt sie, wenn sie sich in einzelne Ratenleistungen, welche die Obligatio stückweise erfüllen, auflösen läßt; *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt; et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum X dari stipulamur, quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur; quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas; nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur. Ejusdem conditionis*

*) s. oben Cursus § 443.

est haec stipulatio: Stichum aut Pamphilum dari (*Paul. fr. 2. pr. § 1. D. de V. O. 45, 1*).

§ **600**] Die Correalobligation. Es kann ein Vermögensstoff als Inhalt mehrer Obligationen gedacht werden, entweder mehrer successiver, die aufeinander folgen, indem eine die andere ablöst,* oder mehrer simultaner Obligationen, die neben einander bestehend sich um einen gegebenen Inhalt gruppiren. Diese simultane Mehrheit kann unter denselben Subjecten stattfinden,** oder aber mit einer Mehrheit von Subjecten zusammenhängen, sei es einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern. Letzternfalls sprechen die Quellen von *obligationes plurium in solidum*[4] und nennen die mehrern Gläubiger *plures rei*† *stipulandi s. credendi*, die mehrern Schuldner *plures rei promittendi s. debendi* — *plures creditores* und *debitores ejusdem rei* oder *ejusdem pecuniae*, daher in der neueren Sprechweise die Obligationen selbst Solidarobligationen (mit Rücksicht auf den Inhalt) oder Correalobligationen (mit Rücksicht auf die Subjecte; *correi: Ulp. fr. 3. § 3. D. de liberat. leg. 34, 3*) genannt werden.

Hiernach kann derselbe Vermögenswerth (*eadem res s. pecunia*) von mehrern Gläubigern, aber nur Ein Mal, gefordert werden (s. g. active Correalität), oder es soll von mehrern Schuldnern, aber nur Ein Mal, geleistet werden (passive Correalität), und daher, sobald ein Mal geleistet ist, hat kein Gläubiger mehr ein Recht, kein Schuldner mehr eine Verbindlichkeit. Es liegt hier eine Mehrheit von Obligationen vor, deren Vermögensstoff identisch ist, und eben wegen dieses engen und eigenthümlichen Zusammenhangs der mehrern Forderungen oder Schulden sprechen die Quellen, indem sie den Vermögensstoff (*nomen*, *debitum*, *res*, *pecunia*) für die Obligatio selbst nehmen, von *una, eadem, communis obligatio plurium reorum*, gleich als ob†† die mehrern Subjecte in Einer Obligatio vereinigt wären (*fr. 9. pr. D. de pact. 2, 14*). Sie heben in Consequenz jener Inhaltsidentität besonders hervor, daß nicht bloß durch reelle Erfüllung, sondern auch durch solche rechtliche Thatsachen, welche derselben im Verkehr und System gleichgeachtet werden, insbesondere auch durch Klagerhebung (*litiscontestatio, petitio, electio*) seiten eines der Gläubiger oder gegen einen der Schuldner das collective Rechtsband consumirt, d. h. die Obligatio fortan auf die Parteien dieses Processes reducirt, mithin die übrigen Gläubiger beseitigt, die übrigen Schuldner befreit werden. *Ex hujusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur; in utraque obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationes et omnes liberat* (*§ 1. J. de duob. reis 3, 16*) — *Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singulis in solidum debetur, et singuli debent, ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio* (*Javol. fr. 2. D. de duob. reis 45, 2*).

---

*) s. unten Cursus § 606. **) s. oben Cursus § 478. †) s. oben Cursus § 93. 469.
††) Vergl. darüber die Excurse zu diesem Kapitel No. II.

§ 601] Es können mehrere der so begründeten Obligationen in Einer Person zusammentreffen, nämlich infolge Beerbung; *non est novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant; est autem species talis: si reus promittendi reo promittendi heres exstiterit, duas obligationes sustinet; item si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit; plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur* (*Ulp. fr. 5. D. de fidejussor. 46, 1*). Ebensowenig wirkt der persönliche Wegfall eines der Subjecte auf die Stellung der anderen und Untergang der Obligationen derselben: *cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis diminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur; multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur; cum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus* (*Pomp. fr. 19. D. de duob. reis 45, 2*).

Correalobligationen können sowohl *inter vivos* (vornehmlich durch *stipulatio**), als auch *mortis causa* (letztwillig) begründet werden. *Duo rei promittendi, sive ita interrogati: Spondetis? respondent: Spondeo, aut Spondemus; sive ita interrogati: Spondes? respondent: Spondemus* (*Pomp. fr. 4. D. eod.*). *Si pluribus heredibus institutis testator dixit: Titius et Maevius Sempronio X dato* (*Pap. fr. 9. pr. D. eod.*). Wo die Intention der Disponenten nicht nachweislich auf Correalität gegangen ist, entstehen getheilte Obligationen (*obligationes pro rata vel pro partibus virilibus*): *cum tabulis esset comprehensum, illum et illum C aureos stipulatos, neque adjectum, ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem singuli stipulati videbantur* (*Pap. fr. 10. § 1. D. eod.*). Der Nutzen und Verkehrszweck der Correalobligation liegt auf der Hand: „dem Gläubiger soll dadurch eine freiere Macht verliehen werden in der Verfolgung einer Schuld,“[5] d.h. sie gewährt dem Gläubiger den Vortheil, daß er mit Einer Klage das Ganze eintreiben kann, während er außerdem sich an mehrere Schuldner halten, bez. die Eintreibung der anderen Portionen den Mitgläubigern überlassen müßte; zu diesem Vortheil der Bequemlichkeit kommt aber im Fall der passiven Correalität der ganz besondere der vermehrten Sicherheit hinzu, denn unter den mehrern Correalschuldnern erscheint jeder wie ein Bürge (*adpromissor*) der übrigen.

Eine besondere Erwägung tritt dann ein, wenn eine Solidarobligation ohne Absicht, nämlich aus einer gemeinsam verschuldeten Rechtsverletzung, z. B. eine Entschädigungsverbindlichkeit Mehrer aus Delict oder Verschulden in Contractsverhältniß,[6] entsteht**: für solche Fälle würde es unbillig seyn, jene Consequenz, daß schon Klagerhebung die übrigen Obligationen beseitigen soll, zuzulassen, — ebenso unbillig wie

*) Ueber die Frage, inwiefern auch durch Consensualverträge, s. d. Pandektenverträge.

**) Ueber andere den Correalobligationen verwandte Rechtsgebilde (untheilbare und accessorische Obligationen) s. die Pandektenverträge.

in einem ähnlichen Falle, von welchem Ulpian sagt: *sed licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat, judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet* (*fr. 32. pr. D. de pecul. 15, 1*). Demgemäß[7] ward von jenen Fällen eines unbeabsichtigten passiven Correalverhältnisses die Regel angenommen: *adversus unumquemque agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur* (*Ulp. fr. 1. § 43. D. depos. 16, 3*) — *si plures sint, perceptione liberantur, non electione* (*fr. 7. § 4. quod falso tutore 27, 6*; dazu *fr. 2—4. D. de his qui effuderint 9, 3*). Dieses Verhältniß wird daher von der strengen Correalität unterschieden und mit „*quodammodo rei habebuntur* (*Ulp. fr. 5. § 15. i. f. D. commod. 13, 6*), von Neueren als Solidarobligation im engern Sinn oder bloß solidarische Verbindlichkeit[8], auch als unächte Correalobligation[9] bezeichnet; treffender wäre der Ausdruck: unvollkommene Correalität.

Literatur: 1) Bucher Recht d. Forderungen (2. Aufl. Leipz. 1830). Unterholzner Lehre d. R. R. v. d. Schuldverhältnissen, 2 Bde. (Lpz. 1840). v. Savigny d. Obligationenrecht, 2 Bde. (Berl. 1851. 1853). — 2) Vergl. Windscheid die Actio d. Röm. Civilrechts (Düsseld. 1856) S. 4. u. Kuntze in Schletter's Jahrbb. V. S. 1 ff. — 3) Kuntze die Obligation u. Singularsuccession des R. R. (Lpz. 1856) S. 189 ff. — 4) Der Ausdruck *in solidum* wird zuweilen auch von mehreren neben einander begründeten Obligationen gesagt, die ganz selbständig sind, bloß um den Gegensatz zur Getheiltheit anzuzeigen (z. B. in *fr. 58. § 1. D. de admin. tutor. 26, 7; fr. 33. D. de legat. I*); vergl. Müller Instit. § 97. Anm. 2. Desgleichen wird jener Ausdruck im Gegensatz zu der beschränkten Executirbarkeit (*in quantum facere potest*) gebraucht (*fr. 33. pr. D. de donat. 39, 5*). — 5) v. Savigny I. S. 217. — 6) Ribbentrop z. Lehre v. den Correal-Obligationen (Gött. 1831) S. 90 ff. — 7) Kuntze S. 229 ff. — 8) so Ribbentrop S. 84. — 9) so v. Savigny S. 198. —

XXIX. Kapitel.

II. Die Verkehrsfunction der Obligatio.

§ **602**] Es ist ein Bedürfniß, die vorhandenen Verkehrswerthe flüssig zu machen, d. h. für die Bewegung von Person zu Person zu befähigen. Ein solcher Uebergang kann im Wege der Universalsuccession* geschehen, indem hier in den Uebergang des Vermögensganzen (*bona*) die einzelnen zu diesem gehörigen Rechtsverhältnisse, z. B. Eigenthum, Prädialservituten, Schuldrechte, von selbst mit eingeschlossen sind. Außerdem ist im Römischen Recht auch der Begriff einer dinglichen Succession in das Eigenthum eines Anderen (*auctor*) als Singularsuccession entwickelt worden; die Voraussetzung dieses Begriffs aber, daß das Object selbst auf den Successor übergeht, schien den Römern auf die Obligatio nicht anwendbar, weil deren Object — der Wille, die Handlung** — keine objective sinnliche Existenz hat und daher nicht in derselben Weise, wie eine Sache, als übergehend vorgestellt werden kann. Nur in Einem Falle† konnte dies im Römischen

*) s. oben Cursus § 447. **) s. oben Cursus § 59.
†) Vergl. auch unten Cursus Kapitel 41.

Recht möglich scheinen, nämlich wenn ein Sklave auf seine Person eine *obligatio in annos singulos* erworben hatte, und dann in dem dinglichen Recht über ihn eine persönliche Veränderung vorging, denn hier haftete die Obligatio an der naturalen Persönlichkeit des Sklaven: *Si operas suas iste servus locaverit, et in annos singulos certum aliquid stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio* (d. h. *obligatio ex stipulatu*), *quibus ususfructus mansit, acquiretur fructuario; sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit, semel acquisita fructuario; quamvis non soleat stipulatio, semel cui quaesita, ad alium transire, nisi ad heredem vel arrogatorem* (*Ulp. fr. 25. § 2. D. de usufr. 7, 1*).

Um jenes Bedürfniß der Verkehrsbewegung zu befriedigen, wurden daher im Römischen Recht gewisse Surrogate der Singularsuccession ausgebildet, d. h. Rechtsgeschäfte, durch welche der in einer Obligatio ausgeprägte Vermögenswerth einer anderen Person, wie einem Rechtsnachfolger, zugeführt werden konnte. Die Metamorphose, welche solchenfalls bewirkt wurde, war entweder Vernichtung einer bestehenden Obligatio zum Zwecke der Begründung einer neuen (*novatio*), oder die Abzweigung einer zweiten von der ursprünglichen, die formell bestehen bleibt (*cessio*). Der erstere Weg ist durch das Civilrecht, der andere durch das prätorische Recht eröffnet worden.

§ **603**] I. Die Novation (Schulderneuerung) ist eine obligatorische Umwandlung, vermöge welcher der Inhalt oder Vermögensstoff* einer gegebenen Obligatio (*prior, pristina obligatio*), welche dadurch vernichtet wird, zur Begründung einer neuen, an die Stelle jener tretenden und sie gleichsam ablösenden, Obligatio (*sequens, nova*) benutzt und in diese herübergenommen wird. So definirt Ulpian diese Umwandlung: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio, cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur; novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione* (*fr. 1. pr. D. de novat. 46, 2*); Gaius aber hebt die besondere Verkehrsfunction der Novation hervor, indem er nach Aufzählung der Sachveräußerungen fortfährt: *Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis* (*Gai. 2, 38*).

In anderen Stellen bezeichnet Gaius die Novation als eine *translatio obligationis in aliam personam* oder *in aliam obligationem* (*fr. 27. § 3. D. de minor. 4, 4; Gai. 3, 176*), und selbst Papinian sagt einmal: *novationem factam et* (*in curatorem*) *obligationem esse translatam constat* (*fr. 5. D. quando ex facto tutoris 26, 9*); offenbar aber sind das ungenaue Ausdrücke, indem unter *obligatio* hier, wie so oft in den Quellen, nur das *id quod debetur* (*debitum*, Vermögensstoff) verstanden wird. In den

*) s. oben Cursus § 599 z. A.

entscheidenden Stellen wird die Novation immer als *modus tollendae obligationis* bezeichnet,* und als Folgerung aus diesem ihren Wesen abgeleitet, daß durch sie auch die Accessionen der alten Obligatio unvermeidlich untergehen: *novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus*; *usurae non currunt* (*Paul. fr. 18. D. de novat. 46, 2*).

Die Art der alten Obligatio ist gleichgültig, die neue kann immer nur eine Verbal- oder Literalobligation** seyn, weil sie nicht unter die Zahl der speciell anerkannten Real- und Consensualcontracte gehört und daher einer Solennität bedarf. Dabei muß deutlich seyn, daß die Intention der Contrahenten dahin ging, daß wirklich die alte Obligatio beseitigt werde, indem sonst die neue neben der alten und bez., wenn bei der neuen Obligatio ein neuer Gläubiger oder Schuldner ist, ein Correalverhältniß entsteht. *Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest: dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit* (*Ulp. fr. 1. § 1. D. eod.*) — *Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum, ut novetur, fiet novatio* (*Ulp. fr. 8. § 1. D. eod.*) — *Quod ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur* (*fr. 8. § 5. D. cit.*).

§ **604**] Eine Novation[1] kann 1) unter denselben Obligationssubjecten herbeigeführt werden (s. g. *novatio simplex*); doch wird solchenfalls keine Novation angenommen, wenn nicht durch irgend ein neues Moment die neue Obligatio motivirt ist: *si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur* (*§ 3. J. quib. mod. obl. toll. 3, 29*).

2) Die Novation kann auch mit einem Personwechsel verbunden, d. h. durch Betheiligung eines Dritten qualificirt seyn, welcher in die Stelle des bisherigen Gläubigers, bez. Schuldner eintritt, und demgemäß in der neuen Obligatio Gläubiger, bez. Schuldner ist: *interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur* (*Gai. 3, 176*). Auf diese Weise wird gewissermaßen die Forderung bez. die Schuld auf eine andere Person übertragen, und jenes kann active, dieses passive Novation genannt werden. Die erstere wird im Verkehr häufiger indicirt seyn, als die andere, weil es da meistens auf Bewegung positiver Werthe abgesehen ist: so vertritt die active Novation recht eigentlich die Stelle einer *translatio obligationis;* die passive Novation wird hauptsächlich nur Statt haben, wenn eine (privative) Intercession† beabsichtigt wird und verschleiert werden soll.

Das Gewöhnliche ist, daß ein solcher Personwechsel auf Grund

---

*) s. unten Cursus § 636.
**) s. unten Cursus § 624.

†) s. oben Cursus § 466. sub c).

einer Willenserklärung des Ausscheidenden (Gläubigers oder Schuldners) geschieht: diese heißt *delegatio* (*novatio per delegationem*) und der Ausscheidende demgemäß *delegans*. So mag z. B. ein Gläubiger delegiren, um mit der gewährten Forderung den Dritten, dem er selbst schuldet, (an Zahlungsstatt) zu befriedigen, oder ein Schuldner, um durch seine Entlastung eine Befriedigung wegen der ihm gegen den Dritten zustehenden Forderung zu erlangen. Gläubiger und Schuldner der neuen Obligatio heißen immer *delegatarius* und *delegatus*, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger oder aber der Schuldner gewechselt hat. — Einer Delegation bedarf es nicht, wenn der Wechsel des Schuldners in Frage ist, indem hier der Consens der neuen Obligationssubjecte genügt, denn der auf diese Weise ohne sein Zuthun ausscheidende (liberirte) Schuldner hat nur Vortheil, nicht Nachtheil davon: *si quis stipuletur, quod mihi debetur, non aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur; liberat autem me is, qui, quod debeo, promittit, etiamsi nolim* (*Ulp. fr. 8. § 5. D. de nov. 46, 2*). Ein solcher Fall wird heutzutage *novatio per expromissionem* genannt.

§ **605**] Daß die Litiscontestation im Fall einer obligatorischen Klage viel Aehnlichkeit mit der vertragsmäßigen Novation hat, ergibt sich aus der Organisation des Römischen Civilprocesses,* denn zufolge dieser wurde durch die Litiscontestation gewissermaßen die geltend gemachte Obligatio beseitigt und eine neue, die Proceßobligation, an die Stelle gesetzt; indeß griff der Umwandlungsproceß doch nicht tiefer ein in die Obligatio, als durch die Function des *acceptum judicium* gefordert war, und daher unterschieden die Römischen Juristen wohl zwischen der *novatio voluntaria* und *per litiscontestationem* (s. g. *necessaria*): *aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt; perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est; quod nemo dixit lite contestata, neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem* (*Paul. fr. 29. D. eod.*) Mit Rücksicht auf jene Aehnlichkeit können aber auch *delegatio per stipulationem* und *delegatio per litiscontestationem* zusammengestellt werden (*Ulp. fr. 11. § 1. D. eod.*): die letztere deutet auf einen *procurator*, bez. *defensor in rem suam* und führt uns auf das Cessionsinstitut hin.

§ **606**] II. Cession.[2] Der Verkehr kann sich mit der Novation nicht begnügen, denn sie hat einmal den Nachtheil, daß durch sie die Accessionen der Obligation verloren gehen, und nicht immer ohne Weiteres das Verlorene durch Neues ersetzt werden kann (z. B. die Bürgschaft, wenn der Bürge sich weigert), sodann auch, daß, wenn ein neuer Gläubiger substituirt werden soll, immer der Schuldner, der diesem nun verpflichtet werden soll, zustimmen und das Versprechen (*promissio*) leisten muß, und mithin von seiner Willigkeit und Thätigkeit

*) s. oben Cursus § 256 a. E. und § 349. Dazu Excurse S. 322—8.

Alles abhängt. Als Mittel, einem Dritten ein Forderungsrecht zukommen zu lassen, ohne die Interessenten jenen Nachtheilen und Umständlichkeiten auszusetzen, bot sich das Institut der processualen Stellvertretung* dar: *sine hac novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri* (*Gai.* 2, 39). Der Gläubiger bestellte den, welchem er den Betrag der Forderung zuwenden wollte, zu seinem Stellvertreter mit dem Zusatze *in rem suam*, d. h. er ermächtigte ihn, Namens des eigentlichen Gläubigers die Forderung für eigne Rechnung einzutreiben, bez. einzuklagen. Durch Litiscontestation mit dem Schuldner ward so der Stellvertreter formeller Inhaber der *in litem* deducirten Obligation, über welche er kraft des mit dem Gläubiger getroffenen Abkommens (*in rem suam*) auch sachlich verfügen durfte.

Man nannte diese Substituirung eines Proceßvertreters mit der Absicht materieller Vermögenszuwendung: *actionem mandare, praestare, cedere*, und dieser letztere Ausdruck ist dann in der neueren Terminologie der eigentlich technische geworden. Der abtretende Gläubiger (Cedent) bleibt nominell Gläubiger, und demgemäß behält die dem Dritten (s. g. Cessionar) zugute kommende Forderung in Allem ihre durch die Person des eigentlichen Gläubigers gesetzte Eigenthümlichkeit: im Formularproceß aber spiegelt sich dieses Verhältniß deutlich in der Formula, indem da die Intentio auf den eigentlichen Gläubiger, und nur die Condemnatio auf den Cessionar gestellt wird. Der Schuldner, der nunmehr an den Cessionar zahlen soll und durch Zahlung an diesen, wie wenn er an den eigentlichen Gläubiger zahlte, frei wird, heißt *debitor cessus*.

§ 607] Mit der Idee einer Vermögenszuwendung war es nicht wohl vereinbar, den Zuwendungsact als ein Mandat (*mandatum ad agendum*), das ja dem Uebernehmer Verbindlichkeiten auferlegt, und die Ausübung der gewährten Befugniß als eine bloß processuale Action (*mandatum ad agendum*), die erst durch die Litiscontestation dem Bevollmächtigten gesichert würde, aufzufassen. Jene Idee drängt daher mit innerer Nothwendigkeit zu folgenden Sätzen: 1) daß die dem Cessionar einmal ertheilte Ermächtigung weder beliebig vom Cedenten revocirt werden dürfe, noch auch durch des Cessionars oder Cedenten Tod von selbst erlösche; und 2) daß durch Benachrichtigung des *debitor cessus* von der erfolgten Cession (*denuntiatio s. certioratio*) dem Cedenten die Möglichkeit entzogen werde, zum Nachtheil des Cessionars noch über die Forderung (sei es durch Zahlungsannahme, Novation, oder Erlaß, oder anderweite Cession) zu verfügen (*Gordian a. 240: l. 3. C. de nov. et deleg.* 8, 42). So führte die Cession dahin, daß der Cessionar in Wirklichkeit die Forderung zu eignem Recht ausüben und als Bestandtheil seines Vermögens betrachten konnte, wie wenn er selbst der Gläubiger wäre, d.h. die Cession konnte nicht als ein Mandat, son-

---

*) s. oben Cursus § 243. 347.

dern als eine Art Veräußerung gelten: *Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit; aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati, sicuti evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus* (*Paul. fr. 42. § 2. D. de procurat. 3, 3*) — *Si tantum ad actionem procurator factus sit, conventio facta domino non nocet, quia nec solvi possit; sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur, et ideo servandum erit pactum conventum* (*Paul. fr. 13. D. de pact. 2, 14*).

Es bedurfte nun, um eine Forderung für den Verkehr flüssig zu machen, nicht mehr der Novation, sondern es konnten Forderungen im Cessionswege veräußert (verkauft, verschenkt, an Zahlungsstatt gegeben) werden, und solche Veräußerung war wirksam ohne jedwede besondere Form. Die Frage aber, ob solchenfalls der Cedent bloß für *veritas*, oder auch für *bonitas nominis* (d. h. Solvenz des *debitor cessus*) dem Cessionar zu haften habe, entscheidet sich verschieden nach der Verschiedenheit des Cessionstitels.

§ 608] Die Cession verlangt nicht, wie die Novation, eine Mitwirkung des Schuldners, und um denselben an den Cessionar zu binden, dazu genügt eben der einseitige Denunciationsact des Cessionars, wogegen der Benachrichtigte nicht remonstriren kann: *nominis venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet* (*Sev. Alexander a. 224: l. 1. C. de nov. et deleg. 8, 42*). Derselbe hat aber auch kein Interesse zu remonstriren, da er keine Beeinträchtigung erfährt, denn der Cessionar hat nicht eine neue Obligatio erworben, sondern macht im Grunde diejenige des Cedenten geltend, und muß sich daher alle Einreden aus dessen Person gefallen lassen, welche der Schuldner bis dahin erworben hatte. Anderseits kommen aus demselben Grunde dem Cessionar alle Accessionen und Privilegien zustatten, welche zur Ausstattung der in der Person des Cedenten begründeten Obligatio gehören.

Wie wir gesehen haben, kann die (delegatorische) Novation nicht auf gleiche Linie mit der dinglichen Singularsuccession gestellt werden, weil die alte Obligatio und mit ihr die Accessionen und Privilegien untergehen; ebensowenig kann es die Cession, weil des Cessionars Recht immer aus der Person des Cedenten beurtheilt wird, und daher die maßgebende Obligatio nimmermehr von diesem abgelöst gedacht werden kann. Insofern aber nähert sich die Cession der Singularsuccession an, als sie weit mehr, denn eine bloße Klage, gewährt; ihre Rechtswirkung ist eine materielle: sie gewährt dem Cessionar ein eignes Forderungsrecht; freilich ist dasselbe kein ursprüngliches, sondern ein abgeleitetes, und wenn es unter den Gesichtspunkt einer Obligatio gebracht werden soll, möchte es eine abgezweigte Obligatio zu nennen seyn.[3] Der Cessionar klagt im eignen Namen, aber seine Klage beruht auf einer abgeleiteten Obligatio; *procurator in rem suam datus suo nomine utiles actiones habet* (*Ulp. fr. 55. D. de procurat. 3, 3*): eine Wendung, welche sich seitdem in den Constitutionen mehrfach

wiederholt (*Diocletian*: *l. 5. C. quando fiscus 4, 15; l. 18. C. de legatis 6, 37*), als die fixirte Anschauung der classischen Zeit gelten kann, und noch von Justinian festgehalten wird (*l. 9. C. de her. v. act. vend. 4, 39*).—

Für die Ausbildung einer Schuldüberweisung (Abtretung der Schuld als Seitenstück der Cession) bestand im Römischen Verkehrsleben nicht dasselbe lebhafte Bedürfniß, wie für die Cession; dennoch finden sich Ansätze dazu in der *defensio* als einer passiven *procuratio in rem suam* oder *in proprium periculum*[4]: wer so die fremde Schuld übernahm oder übernehmen mußte (*defensionis susceptio: fr. 33. § 3. D. de procurat. 3, 3*), hatte den Schuldner zu vertreten und konnte aus dessen Person außergerichtlich und gerichtlich wie der Schuldner selbst in Anspruch genommen werden (*fr. 29. 61. D. eod.; fr. 4. pr. D. de re jud. 42, 1; fr. 3. D. fam. herc. 10, 2*).

§ **609**] III. Stellvertretung. Dem Satze von der Unablösbarkeit bestehender Obligationen von ihren ursprünglichen Subjecten entspricht die gleichfalls Römische Anschauung, wonach Obligationen auch nur für diejenigen Personen entstehen können, durch welche sie begründet sind: man nennt dies Unstatthaftigkeit der unmittelbaren Stellvertretung bei Obligationen. *Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* (*Paul. fr. 11. D. de O. et A. 44, 7*) — *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest* (*Q. Muc. Scaevola fr. 73. § 4. D. de R. J.*). Allerdings galt nach altem Civilrecht der Satz, daß durch Rechtsgeschäfte von Gewaltuntergebenen dem Gewalthaber Rechte erworben werden könnten, und das prätorische Recht fügte dann eine Reihe von Fällen hinzu, in denen der Gewalthaber auch verpflichtet werden konnte,* und zwar gingen hier Recht wie Verbindlichkeit ohne Weiteres und von selbst durch den Handelnden hindurch auf den Gewalthaber über: *placet, confestim acquiri ei, cujus est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur* (*Ulp. fr. 79. D. de acq. her. 29, 2*) — *Quodcunque stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus* (*Ulp. fr. 45. § 1. D. de V. O. 45, 1*) — *Si unus ex servi dominis jussit contrahi cum eo, is solus tenebitur* (*Paul. fr. 5. § 1. D. quod jussu 15, 4*). Allein durch unabhängige Personen konnte man sich nicht in dieser Weise vertreten lassen, vielmehr mußte dann Forderung oder Schuld, die zunächst lediglich in der Person des Stellvertreters begründet wurde, nachher durch einen Rechtsact (Novation, Cession, *defensionis susceptio*) auf den Vertretenen (*dominus negotii*) übertragen werden. *Per liberam personam, quae neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus* (*Paul. fr. 126. § 2. D. de V. O. 45, 1*).

---

*) s. oben Cursus § 458 und unten Kap. 42 (des II. Theils).

§ **610**] In der Kaiserzeit aber, wo es allgemeiner üblich ward, auch durch unabhängige Personen, bez. durch Sklaven Dritter, Handlungen betreiben zu lassen, wurde anerkannt (schon im Edict? *§ 2. J. quod cum eo, qui in aliena pot. 4, 7*), daß auch solchenfalls der Contrahent, außer gegen den freien Stellvertreter, gegen den *dominus negotiationis* electiv klagen könne, wenn das Geschäft in dessen Namen und im Einklange mit der Geschäftsvollmacht (*lex praepositionis*) geschlossen worden. Die hier anzustellenden Klagen waren die *actio institoria* und (in Schiffsgeschäften) *exercitoria* (*fr. 1. § 4. D. de exerc. act. 14, 1; fr. 7. § 1. D. instit. act. 14, 3*). Papinian erweiterte dieselben dahin, daß auch in Fällen einzelner Geschäftsvollzüge neben dem *procurator* der *dominus negotii* verpflichtet werden sollte: die Klage gegen ihn war die *actio ex contractu utilis* als *quasi institoria* (*Pap. fr. 10. § 5. D. mandati 17, 1*): *In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio* (*Pap. fr. 19. pr. D. de inst. act. 14, 3*) — *Si procurator vendiderit et caverit emtori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat; et Papinianus putat, cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit; ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere* (*Ulp. fr. 13. § 25. D. de act. emti 19, 1*).

Daß durch einen freien Geschäftsführer (*institor*) Forderungen erworben werden könnten, so daß außer diesem auch dem *dominus negotiationis* eine Klage von selbst zustehe, war anfänglich nicht anerkannt, letzterer mußte also jenen zur Klagencession veranlassen; *Marcellus autem ait, debere dari actionem ei, qui institorem praeposuit, in eos, qui cum eo contraxerint* (*Ulp. fr. 1. D. de instit. act. 14, 3*), und Marcellus scheint im Gegensatz zu Gaius (*fr. 2. eod.*) diesen Satz uneingeschränkt aufgestellt zu haben. Daß auch im Falle einzelner Geschäftsaufträge aus der Person des *procurator* der *dominus negotii* klagen könne, ward schon von Papinian angenommen (*fr. 68. D. de procur. 3, 3: quod procurator ex re domini stipulatur*), und dann von Ulpian, vielleicht gegenüber Paulus (*fr. 72. eod.: per procuratorem non semper acquirimus actiones*), schlechthin [6] zur Geltung gebracht (*fr. 13. § 25. cit.*).

Eine von der eigentlichen Stellvertretung ganz abliegende Frage war die, ob Jemand eine Obligatio so begründen könnte, daß sie erst in der Person des Erben geltend zu machen wäre; Gaius (3, 100 und 158) sagt: *inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem*, und daher *inutilis est stipulatio „Post mortem meam (s. tuam) dari spondes?“* Indeß verlangte die Billigkeit Ausnahmen, welche von Marcellus und Gaius zugestanden wurden (*fr. 12. § 17. fr. 13. 27. § 1. D. mandati 17, 1*).

Literatur: 1) Ueber die Novation überhaupt vergl. Liebe d. Stipulation u. das einfache Versprechen (Braunschw. 1840) S. 156—343. Kuntze die Obligation und Singularsuccession des Röm. u. heut. Rechts (Leipz. 1856) S. 242—249. Römer d. bedingte Novation nach d. Röm. u. heut. gem. Recht (Tüb. 1863) S. 1—73.

v. Salpius Novation u. Delegation nach R. R. (Berl. 1864) S. 131—340. Salkowski zur Lehre v. d. Novation nach R. R. (Leipz. 1866). — 2) Mühlenbruch d. Lehre v. d. Cession d. Forderungsrechte (3. Aufl. Greifsw. 1836). A. Schmidt d. Grundlehren d. Cession, 2 Thle (Braunschw. 1866). — 3) Kuntze *l. c.* S. 342. — 4) Delbrück d. Uebernahme fremder Schulden (Berl. 1853) S. 121—7. — 5) Wenn in einigen Stellen von einer Klagencession, welche vorausgehen müsse, die Rede ist (*fr. 8. § 10. fr. 45. pr. D. mand. 17, 1*), so wird da augenscheinlich nicht von offener Stellvertretung, sondern von Fällen gehandelt, wo der Mandatar in seinem Namen contrahirte, und der andere Contrahent das Stellvertretungsverhältniß nicht kannte.

XXX. Kapitel.

III. Die Gefährdung der Obligatio.

(Verschuldung. Verzug.)

§ 611] I. Die Ursachen. Der Grundsatz, *impossibilium nulla obligatio est*,* gilt auch für eine begründete Obligatio insofern, als der Schuldner durch nachfolgends eintretende Unmöglichkeit befreit, die Obligatio aufgehoben wird, z. B. wenn die geschuldete Sachspecies untergeht: *Is, qui utendum accepit, si majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio, rem, quam acceperit, amiserit, securus est* (*Gai. fr. 1. § 4. D. de O. et A. 44, 7*) — *Naturaliter resolvitur, cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit* (*Pomp. fr. 107. D. de solut. 46, 3*), oder wenn der Schuldner, welcher *ad faciendum* verpflichtet ist, die natürliche Leistungsfähigkeit, z. B. ein Maler durch Erblindung, verliert.[1] Diese Unmöglichkeit ist ein den Gläubiger betreffender Unglücksfall und begründet daher keinen Entschädigungsanspruch desselben gegen den Schuldner: *animalium casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur* (*Ulp. fr. 23. i. f. D. de R. J.; Alex. Severus a. 226: l. 6. C. de pign. act. 4, 24*); wo also durch den Unglücksfall eine dem Anderen geschuldete Sachspecies untergegangen ist, trifft der Schaden den Gläubiger: *species perit ei, cui debetur* (*l. 9. C. eod.*), was in manchen Fällen mit dem Satze zusammentrifft: *casum sentit dominus*.[2] Wenn freilich nicht eine *species*, sondern ein *genus* geschuldet wird und das, was der Schuldner zur Zahlung hätte verwenden können, untergeht, läßt sich nicht sagen, daß die Leistung eine unmögliche sei, denn *genus non perit*, daher auch *qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accepit, amiserit, nihilominus obligatus permanet* (*Gai. fr. 1. § 4. D. de O. et A. 44, 7*).

Nicht so einfach erledigt sich die Frage bei gegenseitigen Obligationen,** wo Leistung und Gegenleistung vermöge ihrer Aequivalentsnatur sich wechselseitig bedingen. Hier fragt sich, ob der Contrahent, welcher wegen Unmöglichwerdens der Gegenleistung dieselbe nicht mehr zu erwarten hat, dennoch seinerseits zur Leistung verpflichtet

*) s. oben Cursus § 442. Abs. 2. **) s. unten Cursus § 626.

bleibe. Daß nun solchenfalls der Schaden ihn treffe, wäre gegen die Billigkeit, und daher gilt die Regel, daß, wenn dem Einen die Leistung unmöglich wird, der Andere zur Gegenleistung verpflichtet zu seyn aufhört; so fällt die Pachtzinsverbindlichkeit hinweg, wenn das Pachtgut untergeht: *si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit* (*Ulp. fr. 15. § 2. D. locati 19, 2;* dazu *fr. 9. § 1. fr. 19. § 6. eod.*). Beim Kauf einer Species aber erscheint der Verkäufer, wenn die Waare nicht sofort vom Käufer in Besitz genommen wird, einstweilen als Stellvertreter dieses, wie denn in der Regel auch der Käufer es ist, in dessen Interesse die Waare noch in der *custodia* des Verkäufers gelassen wird: daher bleibt der Käufer zur Preisentrichtung verpflichtet, wenn die Waare beim Verkäufer untergehen sollte,[3] ja es würde unbillig seyn, dem Verkäufer, welcher die *custodia* zu leisten hat, auch noch die Gefahr der Sache (bis zur Tradition) aufzubürden: *periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit; itaque si homo mortuus sit, aut aedes incendio consumtae fuerint, aut fundus vi fluminis ablatus sit sive etiam arboribus turbine dejectis longe deterior esse coeperit: emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere* (*§ 3. J. de emt. et vend. 3,23*) — *necessario sciendum, quando perfecta sit emtio, tunc enim sciemus, cujus periculum sit; nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet* (*Paul. fr. 8. D. de peric. rei vend. 18, 6*).

§ **612**] Jener Satz, *impossibilium nulla obligatio est* (*Cels. fr. 185. D. de R. J.*), erleidet billiger Weise Ausnahmen, und zwar vor Allem dann, wenn die Unmöglichkeit durch eignes Verschulden des Schuldners herbeigeführt worden ist. Auch sonst kann in Schuldverhältnissen dem Gläubiger ein Nachtheil durch Verschulden des Schuldners zugefügt werden, welches als (theilweise) Gefährdung der Obligatio aufzufassen ist, ja durch ein Verschulden kann eine ganz neue selbständige Verbindlichkeit verursacht werden. Es fragt sich daher, wie ein solches Verschulden rechtlich zu behandeln sei. Alle nachtheiligen Begebenheiten, welche ohne Verschulden (bez. des Schuldners) eintreten, heißen *casus*, sei es nun eine *vis major s. divina* (Elementargewalt, *damnum fatale*) oder eine fremde Handlung (Ueberfall von Räubern u.s.w.): *casus* ist also Alles, was nicht Folge einer zurechenbaren Handlung (bez. des Schuldners) ist; verschuldet ist, was durch eine solche herbeigeführt ist; zurechenbar (imputabel) aber ist die Handlung, wenn nicht bloß sie selbst aus freiem Entschluß des Handelnden hervorgegangen ist, sondern auch der schädliche Erfolg derselben von ihm vorausgesehen werden konnte. — Wir können hiernach den obigen Satz (*casus non praestantur — impossibilium nulla obligatio*) näher so bestimmen: den Nachtheil hat der Gläubiger zu tragen, sofern nicht ein Verschulden des Schuldners im Spiel ist.

Außerdem kommt in Frage, wie ein Unmöglichwerden zu behandeln sei, welches während Verzugs eines Contrahenten eintritt: auch

hier wird sich eine Ausnahme von jener Regel als billig herausstellen. Es kann aber auch durch Verzug des einen Contrahenten unmittelbar dem anderen ein Nachtheil zugefügt werden, und es fragt sich dann, ob der Säumige dafür zu haften habe.

In allen diesen Fällen des Verschuldens und des Verzugs kommt also das Interesse des Gläubigers und eine Entschädigungspflicht des Schuldners in Frage, worüber das Römische Recht gewisse Grundsätze an die Hand gibt.

§ **613**] A. Verschulden.[4] Die Art desselben ist eine zwiefache: 1) *dolus s. fraus* (Vorsatz), d. h. eine Thätigkeit, deren schädlicher Erfolg vom Schuldner nicht bloß vorausgesehen werden konnte, sondern bezweckt war, m. a. W. die absichtliche, geflissentliche Verursachung eines Schadens. Es lassen sich dabei wohl Abstufungen in dem moralischen Werth und Unwerth des Beweggrundes des Handelns (Bosheit, Eigennutz u. s. w.), sowie verschiedenartige Mittel und Wege (Täuschung des Anderen: Betrug, Arglist u. s. w.) unterscheiden, allein diese Unterscheidungen sind ohne Einfluß auf die Beantwortung der civilrechtlichen Entschädigungsfrage; selbst Mitleid kann der Beweggrund eines *dolus* seyn (z. B. *fr. 7. § 7. D. de dolo malo 4, 3; fr. 7. pr. D. depositi 16, 3*). 2) *Culpa* (Versehen), d. h. eine Thätigkeit, deren schädlicher Erfolg vom Schuldner zwar nicht bezweckt war, aber bei gehöriger Willensart vermieden werden konnte. „Für eine *culpa,* im Gegensatz des *dolus,* gilt nicht bloß jeder Muthwille (*lascivia*), jede Heftigkeit (*saevitia*), Unvorsichtigkeit (*imprudentia*), Fahrlässigkeit, Trägheit oder Nachlässigkeit (*desidia, negligentia, ignavia, segnitia*), wodurch man einem Anderen widerrechtlich schadet, sondern oft auch schon eine bloße Unerfahrenheit oder Unkunde (*imperitia: fr. 132. D. de R. J.*), besonders in Bezug auf die Kunst oder das Handwerk, das man treibt, desgleichen eine bloße Schwachheit (*infirmitas*), sofern man sich ihrer bewußt seyn konnte, und dadurch von einem Unternehmen, dem man nicht gewachsen ist, sich abhalten lassen sollte; ja auch sogar Gefühle und Neigungen, die an sich ganz unverwerflich sind, aber freilich zur Unzeit und zum Nachtheile eines Anderen, dem man verpflichtet ist, sich äußern, werden zum Begriff der *culpa* gerechnet."[5]

Den positiven Gegensatz der *culpa* bildet der Begriff der *diligentia* (Sorgfalt); oft wird dieselbe in den Quellen genannt, indem damit diejenige Beschaffenheit des Willens bezeichnet wird, welche vorhanden seyn muß, um den Handelnden von aller civilrechtlichen Verantwortlichkeit frei zu halten: *culpa est, quod, quum a diligente provideri potuerit, non esset provisum* (*Muc. Scaevola fr. 31. D. ad leg. Aquil. 9, 2*). Eine besondere Art der Diligenz ist die *custodia* (Obhut: s. z. B. *fr. 5. § 9. D. commodati 13, 6*), obwohl sie oft neben der *diligentia* noch ausdrücklich genannt wird (z. B. *fr. 36. D. de act. emti 19, 1*). Wie die *diligentia* der *culpa,* so steht die *fides* dem *dolus* gegenüber (*fr. 68. pr. D. de contr. emt. 18, 1*).

§ **614**] Unterscheidungen der *culpa* sind folgende: a) zwei Grade:

culpa lata (grobes Versehen), d. h. *nimia negligentia i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt* (*Ulp. fr. 213. § 2. D. de V. S.*), wohin Muthwille (z. B. Verscheuchung fremder Thiere: *fr. 50. § 4. D. de furtis 47, 2*) oder *immoderata saevitia in servos alienos* (*fr. 24. § 5. D. soluto matr. 24, 3*) gehören würden; sie wird auch *latior* oder *magna culpa* genannt, und so gekennzeichnet: *si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est* (*Cels. fr. 32. D. depositi 16, 3*); — *culpa levis* (leichtes Versehen) d. h. *si eam diligentiam non adhibuisset, quam debent homines frugi et diligentes praestare* (*Alf. Varus fr. 11. D. de peric. rei vend. 18, 6*), wobei nicht die Natur des Menschen schlechthin, sondern die eines tüchtigen und sorgsamen Hauswirths (*bonus ac diligens paterfamilias*) in Betracht kommt; sie wird einmal von Ulpian auch *levissima culpa* genannt (*fr. 44. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2*), und von Paulus so gekennzeichnet: *homo diligens et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errare* (*fr. 25. pr. D. de probat. 22, 3*).

b) Ein zwiefacher Maßstab kann angelegt werden, wenn in Schuldverhältnissen zu entscheiden ist, ob *culpa levis* vorliege: entweder wird ohne Rücksicht auf individuelle Art und Gewohnheit des Betreffenden die *culpa* desselben danach bemessen, ob er hinter derjenigen Sorgfalt zurückgeblieben ist, welche von allen ordentlichen Leuten im Durchschnitt beobachtet wird: *culpa abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset* (*Gai. fr. 25. § 7. D. de locati 19, 2*) — *talis diligentia, qualem quisque diligentissimus paterfamilias adhibet* (*Gai. fr. 18. pr. D. commodati 13, 6*), oder es wird der individuelle Maßstab angelegt und also ein leichtes Versehen dem nicht zugerechnet, welcher überhaupt in seinen Angelegenheiten nicht besonders sorgfältig ist: *diligentia ea ab eo exigitur, quam rebus suis exhibet* (*Ulp. fr. 24. § 5. D. soluto matr. 24, 3*). Hiernach wird von den Neueren *culpa in abstracto* und *in concreto* unterschieden und von Paulus der Gegensatz mit den Worten ausgedrückt: *diligentia, qualem diligens paterfamilias* und *qualem (aliquis) in suis rebus* (*fr. 25. § 16. D. fam. herc. 10, 2*). Die Anlegung des individuellen Maßstabs gilt immer als ein Vortheil des Verpflichteten und wird nie in dem Sinn verstanden, daß einem Mann, dessen außerordentliche Sorgfalt bekannt ist, die geringste Abweichung davon als *culpa* anzurechnen sei; so nähert sich unter Umständen die *culpa levis in concreto* dem Gebiet der *culpa lata* und umfaßt nur die verhältnißmäßig schwereren Fälle der *levis: culpa non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit enim, talem diligentiam rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet* (*Gai. fr. 72. D. pro socio 17, 2;* dazu *fr. 3. D. de peric. rei vend. 18, 6*); doch kann die Begünstigung nicht so weit erstreckt werden, daß der Verpflichtete für Fälle von *lata culpa* unverantwortlich würde, daher z. B. *immoderata saevitia, quae in propriis servis culpanda est, in alienis judicio (de dote) coërcenda est* (*Ulp. fr. 24. § 5.* D. *soluto matr. 24, 3*).

§ **615**] Sowohl der *dolus* als auch die *culpa*[5] kann entweder in

positiven Handlungen oder in Unterlassungen sich äußern; da aber an sich kein Mensch zu positiver Thätigkeit dem Anderen civilrechtlich gehalten ist, so kann man für dolose oder culpose Unterlassungen nur innerhalb bestehender obligatorischer Verhältnisse verantwortlich seyn, welche eine bestimmte positive Thätigkeit, z. B. *custodia* oder Zustandebringen eines Geschäfts, auferlegen; *si tibi mandavi, ut hominem emeres, et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret), aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es, alium emere), teneberis; et si servus, quem emisti, fugit, siquidem dolo tuo, teneberis; si dolus non intervenit, nec culpa, non teneberis (Ulp. fr. 8. § 10. D. mandati 17, 1).*

Für *dolus in faciendo* ist man jedenfalls verantwortlich: *dolus semper praestatur*, und selbst ein Verzicht des Gegners ist unwirksam: *haec conventio, dolum non esse praestandum, contra bonos mores est (Ulp. fr. 1. § 7. D. depositi 16, 3;* dazu *fr. 23. D. de R. J.);* bloß ein nachträglicher, sowie ein indirecter Verzicht ist statthaft *(fr. 27. § 3. 4. D. de pactis 2, 14).*

Obwohl *dolus* und *culpa* criminalrechtlich weit auseinanderliegen, wird civilrechtlich die *culpa lata* dem *dolus* gleichgestellt, *lata culpa plane dolo comparatur (Ulp. fr. 1. § 1. D. si mensor 11, 6)*, d. h. man ist für sie jedenfalls verantwortlich. *Culpa levis*, die *in faciendo* besteht, verpflichtet außerhalb obligatorischer Verhältnisse immer zu Schadensersatz *(culpa Aquiliana)*; innerhalb solcher verpflichtet sie in der Regel nur, wenn der Culpose aus dem Verhältniß selbst Vortheil hat, oder wenn er sich zur Geschäftsführung gedrängt hat: *in contractibus fidei bonae servatur, ut, siquidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur (Afric. fr. 108. § 12. D. de legat. I) — si negotia ignorantis geris, et culpam praestare debes (Pomp. fr. 11. D. de negot. gest. 3, 5).* In gewissen Vermögensbeziehungen, wo der individuelle Karakter der Betheiligten ein wesentliches Moment abzugeben pflegt, z. B. in der Ehe oder *societas*, kommt nur *culpa in concreto* in Betracht *(fr. 24. § 5.* und *fr. 72 cit.**).

Nennen die Quellen bei Vorschriften über die *praestatio damni* bloß die *culpa* schlechthin, so verstehen sie darunter die *levis*, weil die *lata culpa* immer ganz wie *dolus* behandelt und unter demselben stillschweigends mit verstanden wird; demnach bedeuten die Ausdrücke *omnem culpam* oder *dolum et culpam praestare* das Einstehen für *dolus* (einschließlich *culpa lata*) und *culpa levis.*

§ **616**] B. Verzug (*mora*, auch *frustratio* oder *cessatio*[6]) d. h. der dem Säumigen zur Last fallende Aufschub eines zur Erfüllung einer Obligatio gehörigen Actes. Da bei der Erfüllung aber Schuldner und Gläubiger, jener als leistender, dieser als empfangender, zusammenzuwirken haben, so ist Verzug auf jeder Seite möglich, und wird danach unterschieden: 1) *mora solvendi i. e. debitoris:* dieselbe tritt ohne

---

*) s. den vorhergehenden §.

Weiteres mit der beginnenden Säumniß ein (*mora fit ex re*), a) wenn der Tag der Leistung festgestellt war: *si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse* (*Ulp. fr. 114. D. de V. O. 45, 1;* dazu *Just.* in *l. 12. C. de contr. stip. 8, 38*); hier heißt es: *dies interpellat pro homine;*[7] — b) wenn durch Delict eine Schuld begründet wird; namentlich gilt dies vom Dieb: *semper moram fur facere videtur* (*Ulp. fr. 8. § 1. D. de cond. furt. 13, 1*). Abgesehen von diesen (Haupt-) Fällen* gilt der Grundsatz, daß der Schuldner erst durch gehörige Mahnung (*interpellatio, denunciatio*) seiten des Gläubigers in Verzug gesetzt wird (*mora fit ex persona*): *mora fieri videtur, cum postulanti non datur* (*Paul. Sent. rec. III, 8. § 4*) — *Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit: quod apud judicem examinabitur, nam difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris* (*Marcian fr. 32. pr. D. de usur. et mora 22, 1*); auch kommen unter Umständen außer der Mahnung noch billige Rücksichten in Betracht: *sciendum est, non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum; quid enim, si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fidejussoribus rogandis, vel exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur* (*Ulp. fr. 21. eod.*); *si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram; utique si juste ad judicium provocavit* (*Paul. fr. 24. pr. eod.*; dazu *fr. 63. D. de R. J.*).

2) *mora accipiendi i. e. creditoris:* dieselbe tritt ein, sobald der Gläubiger die ihm gehörig angebotene Leistung anzunehmen verweigert: *qui decem debet, si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit; etenim non est aequum, teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset; quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, opportet esse* (*Marcell. fr. 72. pr. D. de solut. 46, 3*). In der Regel genügt es für den Schuldner schon, daß er leistungsbereit ist, da im Zweifelsfall dem Gläubiger die Abholung obliegt: *mora videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quominus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere* (*Pomp. fr. 3. § 4. D. de act. emti 19, 1*).

§ **617**] Bestritten ist, ob zum Begriff der *mora* ein Verschulden gehöre;[8] gesagt ist dies in den Quellen nirgends, dagegen ein Unterschied gemacht zwischen *personae facultas* und *rerum incommodum* (*Venul. fr. 137. § 4. D. de V. O. 45, 1*): ein Hinderniß der *facultas* begründet auch ohne Verschulden *mora*, denn *generaliter causa difficul-*

---

*) Ueber einige andere mehr specielle Fälle und den Satz: *lex interpellat pro homine*, vergl. die Pandektenvorträge.

tatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, und nur ein das Object selbst betreffendes *impedimentum naturale* entschuldigt den Verpflichteten. Da aber beim Gläubiger nicht die *res praestanda*, sondern bloß die Person in Frage kommt, so ist bei *mora creditoris* jede Hinderung des Empfangens eine bloße *causa difficultatis; proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocet* (*Pomp. fr. 18. pr. D. de pec. const. 13, 5*). Mit dieser Unterscheidung stimmt am besten der energische Volkssinn der Römer, sowie der gewöhnliche Legalausdruck für den Säumigen: *si per eum stetit s. factum est, quominus praestaret* oder *acciperet* (*fr. 5. D. de reb. cred. 12, 1*: wo „*potestas*" auf *naturalia impedimenta rerum* geht; vergl. jedoch *fr. 15. pr. D. de op. lib. 38, 1*).

§ **618**] Die Folgen der *mora* bestehen in gewissen Nachtheilen: *unicuique sua mora nocet* (*Paul. fr. 173. § 2. D. de R. J.*), nämlich 1) für den säumigen Schuldner darin, daß er nicht bloß dem Gläubiger das Interesse zu leisten hat, sondern auch daß seine Schuldverbindlichkeit unabhängig von solchen Zufällen, die sonst dieselbe erlöschen machen würden, wird, also namentlich trotz Untergangs des Leistungsobjects bestehen bleibt: *obligatio perpetuatur s. producitur. Veteres constituerunt, quoties culpa intervenerit debitoris, perpetuari obligationem* (*Paul. fr. 91. § 3—5. D. de V. O. 45, 1;* dazu *fr. 30. § 1. D. de jurejur. 12, 2*); im Untergangsfalle tritt an die Stelle des ursprünglichen Objects die *rei aestimatio,* und die Obligatio erfüllt sich so mit anderem Inhalt: *heres legatario rei interitum post moram debet, sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio ejus praestatur* (*Ulp. fr. 39. § 1. D. de legat. I*).

2) für den säumigen Gläubiger darin, daß er das etwaige Interesse zu ersetzen hat: *si heres damnatus sit, dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quominus accipiat: periculose* (*cf. Ulp. fr. 1. § 3. D. de peric. rei vend. 18, 6: licet venditori effundere vinum, si ...*) *heredem facturum, si id vinum effundet; sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram ejus damnum passus sit heres* (*Pomp. fr. 8. D. de tritico leg. 33, 6*), und daß da, wo der Schuldner von Haus aus das *periculum rei* zu tragen hatte, er nun durch Untergang der Sache frei wird (*obl. alternativa: fr. 105. D. de V. O. 45, 1*). Auch haftet der Schuldner fortan überhaupt bloß für *dolus* und *culpa lata*, wird im Fall einer Sachabschätzung günstig behandelt (*fr. 3. § 4. D. de act. emti 19, 1*), und kann sich durch gerichtliche Deposition einseitig befreien (*fr. 7. D. de usur. et mora 22, 1*).

Durch gehörige Nachholung des dem Säumigen zukommenden Actes (Oblation, Bereitschaftserklärung) wird das *periculum* für die Folgezeit abgewendet, *mora purgatur s. emendatur: Stichi promissor post moram offerendo purgat moram* (*Paul. fr. 73. § 2. D. de V. O. 45, 1;* dazu *fr. 91. § 3. eod.*); dies ist wichtig für den Fall, daß nun der andere in Verzug fällt, denn damit geht das *periculum* nun auf diesen über

und die frühere *mora* des Ersteren kommt nicht mehr in Betracht: *posterior mora nocet* (*fr. 17. D. de peric. rei vend. 18, 6; fr. 72. pr. cit.** Daß, wenn nachher die Obligatio novirt wird, nicht mehr von den Wirkungen der *mora* rücksichtlich der novirten Obligatio die Rede seyn kann, folgt aus dem Wesen der Novation; *si Stichum dari stipulatus fuerim, et cum in moram promissor esset, quominus daret, rursus eundem stipulatus fuero: desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata* (*Ulp. fr. 8. pr. D. de novat. 46, 2*).

§ **619**] II. Die Wirkungen eines Verschuldens oder Verzugs, insoweit sie auf Schadensersatz[9] gehen, bestimmen sich durch das Interesse des Benachtheiligten: dabei ist im Allgemeinen der Gedanke maßgebend, daß der Benachtheiligte annähernd in die gleiche Lage zu versetzen sei, wie die, in welche er ohne die Störung gekommen wäre. Immer kommt dabei nur der Vermögensschaden (*deminutio patrimonii: fr. 3. D. de damno inf. 39, 2*) in Betracht; derselbe kann aber ein positiver (*damnum emergens*, Verlust im engern Sinn) oder negativer (*lucrum cessans*, Ausfall im engern Sinn) seyn, d. h. Verminderung des vorhandenen Vermögensbestandes oder Vereitelung einer bevorstehenden Vermögensvermehrung (eines in Aussicht gewesenen Gewinns): was Paulus mit den Worten bezeichnet: *quantum mihi abest* und *quantum lucrari potui* (*fr. 13. D. rat. rem haberi 46, 8*). Von dem Verpflichteten, welcher den Schaden zu ersetzen, d. h. Entschädigung zu leisten hat, wird, indem einfach die Ursache des Schadens genannt wird, gesagt: *praestat dolum, culpam, casum, periculum.*

§ **620**] Die Basis des Interesses bildet immer der einfache durch Abschätzung nach dem Marktpreis zu ermittelnde Sachwerth, *quanti ea res est* — *rei aestimatio* (*fr. 179. D. de V. S.*): auf diesen beschränkt sich die Leistung, wenn der Schuldner ohne Verschulden oder Verzug zu Entschädigung gehalten ist,[10] z. B. *aliena res legari potest, ita ut heres cogatur, redimere eam et praestare, vel si non potest redimere, aestimationem ejus dare* (*§ 4. J. de legatis 2, 20*); allein in den Fällen eines Verschuldens oder Verzugs geht die Entschädigungspflicht weiter: *omnis utilitas in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit* (*Paul. fr. 21. § 3. D. de act. emti 19, 1*). Der technische Ausdruck für diesen erweiterten Schädenkreis ist im strengen (freilich nicht immer festgehaltenen) Sprachgebrauch der Quellen: *id, quod interest; haec verba „quanti eam rem paret esse" non ad „quod interest", sed ad rei aestimationem referuntur* (*Ulp. fr. 193. D. de V. S.*).

Zur *omnis utilitas* oder zum *id quod interest* in diesem Sinn gehört sowohl der positive, als der negative Schaden, welcher im unmittelbaren Causalnexus mit der Schadensursache steht; allein weder ein möglicher Gewinn, der bloß zufälliger Weise hätte gemacht werden können, noch das bloße auf incommensurabler Liebhaberei beruhende s. g. Affectionsinteresse kommt dabei in Anschlag. *Si servum occidisti, quem sub*

*) s. oben § 616 *sub* 2).

poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium (*Paul. fr. 22. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2*) — *Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit* (*Hermog. fr. 19. D. de peric. rei vend. 18, 6*) — *Neque si emtor potuit ex vino negotiari et lucrum facere, id aestimandum est* (*Paul. fr. 21. § 3. D. de act. emti 19, 1*) — *Pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur* (*Sex. Pedius fr. 33. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2*). Auch bei Ansprüchen, die mit einer *actio arbitraria* geltend gemacht werden, und dem Kläger im Nichtbefriedigungsfalle die Befugniß freier eidlicher Feststellung des Interesses (*jusjurandum in litem*) gewähren,* darf sich der Schwörende nur an das Vermögensinteresse, nicht an das Affectionsinteresse halten, und der Richter kann von Amtswegen limitiren.[11]

Literatur: 1) Fr. Mommsen Beiträge z. Obligationenrecht; I. Abthlg. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (Braunschw. 1853). — 2) Dazu Wächter im Archiv für civ. Praxis XV. S. 118. v. Madai Lehre von der *mora* S. 278 ff. u. Schilling Instit. III. § 234. — 3) Kuntze *In obligationibus bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat? Diss.* (*Lips. 1851*) *p. 23—29*. Dazu Müller Institut. § 102. Anm. 11. — 4) Hasse d. *culpa* d. R. R. (Kiel 1815; 2. Aufl. *ed.* v. Bethmann-Hollweg 1838). — 5) Schilling Inst. III. § 235. S. 48. — 6) v. Madai d. Lehre v. d. *mora* (Halle 1836). Fr. Mommsen Beiträge etc. III. Abth. d. Lehre v. d. *mora* nebst Beiträgen z. Lehre v. d. *culpa* (Braunschw. 1855). — 7) v. Schröter i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. IV. S. 100—8. v. Madai § 16—24. Schilling Inst. III. § 237. Anm. 1. — 8) v. Madai § 2. behauptet es. — 9) Fr. Haenel Versuch e. kurzen u. faßlichen Darstellung d. Lehre v. Schadenersatze (Leipz. 1823). Fr. Mommsen Beiträge etc. II. Abth. Zur Lehre v. d. Interesse (Braunschw. 1854). — 10) Dazu Müller Instit. § 101. Anm. 4. — 11) v. Schröter i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VII. S. 356 ff.

XXXI. Kapitel.

IV. Begründung der Obligationen.

§ 621] I. Uebersicht. Die obligatorische Unterwerfung eines Willens unter fremde Macht geschieht entweder durch den eigenen Willen des Schuldners, so daß dieser selbst als der eigentliche Urheber seiner Verbindlichkeit erscheint, oder gegen den Willen des Schuldners, indem die Verbindlichkeit desselben durch einen anderen Willen, nämlich den höheren und allgemeinen Willen, welcher in den objectiven Rechtssätzen Ausdruck findet, begründet wird. Der Römische Rechtssinn schaute diese Willensverhältnisse mit Vorliebe von der Seite der Berechtigung, d. h. vom Standpunkt des Gläubigers an, welcher ein Schuldrecht erwirbt, indem er sich des freiwillig dargebotenen Schuldwillens bemächtigt, oder indem er durch eine wiederrechtliche Handlung eines Mitbürgers verletzt und auf das *jus talionis* verzichtend sich mit dem civilisirten Surrogat einer pecuniären Entschädigung be-

*) s. oben Cursus § 237. 261.

gnügt. Dies sind die Grundideen der Obligationenentstehung, sie führen uns auf die Begriffe des Vertrags (*contractus*) und des Vergehens (*delictum, maleficium*), und diese Begriffe bilden die Ausgangspunkte des Römischen Obligationensystems: *obligationum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto* (*Gai. 3, 88*). Die Contractsobligationen sollen die Vermögensstellung der Bürger beleben, die Delictsobligationen sie heilen.

In der ältesten Zeit mögen jene zwei Grundbegriffe in ihrer concreten Erscheinung einander nahe genug gestanden haben: *nexum* und *furtum*, die Urrepräsentanten beider, hatten den gleichen Erfolg einer leibeigenschaftlichen Unterwerfung des Schuldners, nur mit dem durch den Entstehungsgrund gegebenen Unterschied, daß der *nexus* noch eine kurze Aussicht auf Freiheit und Rehabilitirung hatte, während der *fur* dem Bestohlnen als Sklave sofort und definitiv verfiel. Noch die XII Tafeln spiegeln diese Idee einer Schuldknechtschaft unter Volksgenossen wieder: *tab. III: ni judicatum facit, eum vincito* (*Gell. 20, 1*) — *tab. VIII: fur manifestus verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat* (*Gai. 3, 189*). *Nexum* und *furtum* gingen dem Schuldknecht ans *caput:* sollten die letzten Consequenzen aus dem Begriff des Schuldrechts gezogen werden, so schienen es keine anderen als diese seyn zu können.

§ **622**] Der Inhalt der Vertragsobligationen mußte sich durch die Willenserklärung der Urheber des Vertrags bestimmen, welche in der *lex conventionis s. contractus* die Leistung normirt; aber nur Geldleistungen reflectiren einfach die auf den Geldwerth des Schuldvermögens gerichtete Natur der Obligatio, daher in ältester Zeit Vertragsobligationen nur auf Geld gingen (*nexum, sponsio*). Auch an die Stelle der *capitis poena* und der *talio* traten Geldansprüche des Verletzten, da eben Geld der allgemeine Werthrepräsentant im Vermögensgebiet ist; der Betrag der pecuniärenGenugthuung kann durch die *lex publica* ein für allemal normirt, oder es kann bestimmt seyn, daß der zu ermittelnde Betrag des zugefügten Vermögensschadens die Norm der Entschädigungspflicht abgibt.

Die ursprünglich einfachen Kategorien der Vertrags- und Delictschuld haben sich dann nach und nach gegliedert, indem im Leben immer mehr verschiedene Arten auftraten und im positiven Recht unterschieden wurden. Jegliche Leistung von Vermögenswerth konnte nun unter den Contrahenten verabredet werden, und die Delicte erfuhren eine verschiedene Schätzung und Behandlung, je nachdem sie auf *dolus* oder *culpa* beruhten, unmittelbar gegen die Person oder gegen das Vermögen gerichtet, einfach oder unter besonderen Umständen ausgeführt waren. Neben den eigentlichen Contracts- und Delictschulden aber zeigten sich noch andere Vorkommnisse, an welche, ohne Rücksicht auf Willen und Wissen der Betheiligten kraft objectiven Rechtssatzes, aus Humanität oder Billigkeit oder im Interesse des Staatswesens, die Entstehung einer Obligatio geknüpft seyn sollte: hier kann nicht gesagt werden, daß die Obligatio durch oder gegen den Willen des

Schuldners entstehe, der Wille desselben ist überhaupt gleichgültig: diese Obligatio entsteht ohne den Willen des Schuldners. Die Obligationen dieser Art dienen nicht einem bestimmten einheitlichen Generalzweck, sondern sind gleichsam frei zerstreut durch alle Stellen des Verkehrslebens; aber da sie bald an eine Contracts-, bald an eine Delictschuld erinnern, so haben die Römer für sie Contract und Delict als civilistische Prototypen behandelt und danach folgende Eintheilung aufgestellt: *Obligationum divisio in quatuor species deducitur, aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio* (*§ 2. J. de obligat. 3, 13*). Außerdem aber wurde das von Gaius im 2. Buch seiner *Aurea* aufgestellte dreigliedrige System, in welchem jene Nachbildungen zusammen das dritte Glied ausmachen, in die Digesten Justinian's aufgenommen: *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (*fr. 1. pr. D. de O. et A. 44, 7*).

Wir behalten diese Dreitheilung bei; sie entspricht dem unterscheidenden Gedanken, daß die Obligationen durch, gegen oder ohne den Willen des Schuldners entstehen: wir unterscheiden danach freiwillige, zwangsweise und willenlose Entstehung von Obligationen. Die Kategorie der *variae causarum figurae* pflegt heutzutage durch den Ausdruck: Legal- oder Umstandsobligationen bezeichnet zu werden, weil sie schlechthin durch den Willen des Gesetzes, welches sie für unmittelbare Rechtsfolgen gewisser besonders gearteter Umstände erklärt, ins Leben gerufen werden.

§ **623**] II. Freiwillige Entstehung von Obligationen kommt im Römischen Recht fast nur als Vertrag vor, d.h. als ein wesentliches Zusammenwirken des Gläubigers mit dem Schuldner.* Obligationen könnten auch durch einseitigen Rechtsact d.h. alleinige Willenserklärung des Schuldners entstehen, und in der That erkennt das Römische Recht diesen Entstehungsgrund in einigen Fällen an, allein diese Fälle sind unerhebliche Ausnahmen geblieben, im Ganzen beruhte bei den Römern das *commercium inter vivos* durchaus auf der Vertragsidee oder Conventionalmaxime.

Ein Versprechen dessen, der sich zu einer Leistung verpflichten will, heißt *pollicitatio*, sofern es nicht in einen Vertrag übergeht: *pollicitatio est offerentis solius promissum* (*Ulp. fr. 3. pr. D. de pollicit. 50, 12*); eine solche ist regelmäßig unverbindlich und folglich unwirksam, *ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur* (*Paul. Sent. rec. V, 12. § 9*), mit Ausnahme folgender 2 (4?) Fälle:

1) *pollicitatio reipublicae vel civitati facta* verbindet den Zusichernden auch ohne besondere Form und ohne Acceptation von der andern Seite, wenn sie *ex justa causa* (z. B. wegen erhaltener Ehrenstelle oder mit Rücksicht auf eine Stadtcalamität) geleistet, oder wenn sie durch nachherigen Beginn der Erfüllung (*coepto opere*) bekräftigt

---

*) s. oben Cursus § 457.

worden ist (*fr. 1. 3. 4. 12. D. eod.*). Auf den Gedanken einer solchen Pollicitation läßt es sich auch wohl zurückführen, wenn Paulus sagt: *etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae** *creditarum ab iis pecuniarum* (*fr. 30. D. de usur. 22, 1*), denn in einem *pactum* ist immer auch eine Pollicitation, in einem Zinsversprechen eine motivirte Pollicitation enthalten.

2) **votum**, Gelübde, d. h. Gelöbniß einer für sacrale Zwecke zu widmenden Sache, in irgend welcher Form erklärt. *Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur: quae res personam voventis, non rem, quae vovetur, obligat; res enim, quae vovetur, soluta quidem liberat vota, ipsa vero sacra non efficitur. Si decimam quis bonorum vovit, decima non prius esse in bonis desinit, quam fuerit separata; et si forte, qui decimam vovit, decesserit ante sepositionem: heres ipsius hereditario nomine decimae obstrictus est: voti enim obligationem ad heredem transire constat* (*fr. 2. D. eod.*). Diese Ausführung, in Ulpian's Munde noch auf heidnische Dinge bezogen, hat in Justinian's Digesten christlichen Sinn empfangen. — Von Manchen werden noch hieher gerechnet:

3) **jurata operarum promissio** eines *libertus,*** worüber die Westgothische *Epitome* des Gaius (II, 9. § 4) berichtet: *item et alio casu, uno loquente et sine interrogatione [alio] promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse juraverit: in qua re supradicti liberti non tam verborum solennitate, quam jurisjurandi religione tenentur; sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest.* Vergl. dazu *Ulp. fr. 7. D. de operis libert. (38, 1).*

4) **dotis dictio**,[1] d. h. die feierliche Zusicherung einer Mitgift, ohne Stipulation von der anderen Seite bindend,[2] wenn sie von der Ehefrau selbst, oder ihrem Vater oder väterlichen Großvater ausging (*Ulp. fragm. 6, 1. 2; Gaii Epit. II, 9. § 3; l. 3. C. Theod. de incest. nupt, 3, 12*). Das war eine Begünstigung der Mitgiftsbestellung und ersparte den Betheiligten die unter Umständen leidige Hin- und Herrede über eine so delicate Angelegenheit.

§ 624] Der allgemeine Ausdruck für **Vertrag** ist in den Quellen *pactum conventum* oder *pactio*, besonders aber **conventio**: *Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt; nam sicuti „convenire" dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, i. e. in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem,† sive re, sive verbis fiat, nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt, veluti in emtionem, in locationem, in pignus, vel in stipulationem* (*Ulp. fr. 1. § 3. 4. D. de pactis 2, 14*).

---

*) s. unten Cursus § 666.
**) s. unten Cursus Kap. 50 (des II. Thls.).
†) s. oben Cursus § 461. Abs. 1.

Das Wort *contractus* pflegt in der Zeit der classischen Jurisprudenz[3] in einem engern Sinn technisch gebraucht zu werden, nämlich (im Gegensatz von *pactum*) für die durch das *jus civile* anerkannten, mit *actio civilis* ausgestatteten Vertragsobligationen. Das ausgebildete System der Römer besitzt deren vier: *aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut literis, aut consensu* (*Gai. 3, 89* = *§ 2. J. de oblig. 3, 14*), wovon die heutzutage üblichen Ausdrücke hergenommen sind: Real-, Verbal-, Literal- und Consensualcontracte.

Die Verbal- und Literalcontracte sind solenne Verträge,* weil sie eine besondere Form des Willensausdrucks (*verborum, literarum proprietas s. figura: Gai. 3, 136; Paul. fr. 38. D. de O. et A. 44, 7*) heischen, die anderen sind formlose Verträge, indem die Realcontracte sich nur dadurch von den s. g. Consensualcontracten unterscheiden, daß sie, weil auf eine *rerum restitutio* gerichtet, die vorausgängige Hingabe des Restitutionsobjects zur Voraussetzung haben; da diese Voraussetzung eine natürliche ist, so ist die Hingabe der *res* nicht als besondere Rechtsform des Vertrags und ein Realcontract nicht als solenner oder förmlicher Vertrag aufzufassen. Mit der Bezeichnung Consensualcontract soll aber nicht gesagt seyn, daß diese Art Verträge sich durch das Erforderniß des Consenses von den übrigen Arten unterscheide, denn es ist ja überhaupt kein Vertrag ohne Consens denkbar, sondern nur das karakterisirt die Consensualcontracte, daß sie *nudo consensu* geschlossen werden können, d. h. die Form der Willenserklärung dabei ganz gleichgültig und folglich der Consens allein das ausschlaggebende Moment oder Kriterium ist: *ideo istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse* (*Gai. 3, 136*).

§ 625] Der Verbal- und Literalcontracte kennt das classische Recht nur je einen, der Real- und Consensualcontracte aber je vier:

Verbalcontracte.	Literalcontracte.	Realcontracte.	Consensualcontracte.
stipulatio (*sponsio*)	*expensilatio* (*nomen transscripticium*)	*mutuum*	*emtio venditio*
		commodatum	*locatio conductio*
		depositum	*mandatum*
		pignus	*societas*

Alle Real- und Consensualcontracte (mit Ausnahme des *mutuum*[4]) beruhen, obwohl im *jus civile* anerkannt, doch auf dem *jus gentium*, und gelten daher auch als den Peregrinen zugänglich. *Ex jure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum*[4] *et alii innumerabiles* (*§ 2. J. de jure natur. 1, 2*) — *Deportatus civitatem amittit, non libertatem, et speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur; emit enim et vendit,*

*) s. oben Cursus § 459.

locat, conducit, permutat, foenus exercet et cetera (*Marcian fr. 15. D. de interdictis et relegatis 48, 22*). Von der *stipulatio* und *expensilatio* gilt dies dagegen nur theilweise, nämlich nicht von der Stipulirformel durch *spondere* und der *expensilatio a persona in personam. Haec quidem verborum obligatio „Dari spondes? Spondeo!" propria civium Romanorum est; ceterae vero* (*Dabis? Promittis? Facies?*) *juris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent* (*Gai. 3, 93*) — *Transscripticiis nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio: quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transscripticium, etiam peregrinos obligari* (*Gai. 3, 133*).

Neben der *expensilatio* wird von Gaius eine wahrscheinlich in den Ländern des hellenistischen Verkehrs besonders übliche urkundliche Vertragsweise genannt[5]: *praeterea literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio* non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est* (*Gai. 3, 134*).

§ 626] Mit dem besonderen Formerforderniß hängt es zusammen, daß, während alle übrigen Arten der Contracte *inter absentes*, d. h. mit brieflich erklärtem oder auch durch Boten (*nuntii*)** mündlich übermitteltem Consens eingegangen werden können, für die Stipulation, weil sie in mündlichem Redeaustausch besteht und das wechselseitige Vernehmen der Worte fordert, die Gegenwart der Contrahenten vorausgesetzt wird. *Sufficit, eos, qui negotium gerunt, consensisse: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit. Absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit* (*Gai. 3, 136. 138*).

Bei der *stipulatio* und *expensilatio* liegt das entscheidende Merkmal des Contractwillens (*causa civilis s. civiliter obligans*) in der solennen Form, so daß dabei rechtlich von jedem speciellen Geschäftsgrunde abstrahirt wird und der Contractwille als ein abstracter Berechtigungs- und Verpflichtungswille erscheint: abgelöst von dem unterliegenden Geschäftsgrunde muß daher die entstehende Obligatio immer eine streng einseitige, d. h. lediglich den einen Theil verpflichtende, seyn. Diesen einseitigen Formalobligationen nun stehen die Obligationen aus Consensualcontract, mit Ausnahme des Mandats, gegenüber, indem diese immer beide Theile gegenseitig verpflichten und daher wesentlich gegenseitige (oder zweiseitige) Obligationen genannt werden. Zwischen beiden Classen aber stehen die Obligationen aus Realcontract, mit Ausnahme des Darlehns (*mutuum*), welches zu den wesentlich einseitigen gehört; die Obligationen dieser Mittelclasse sind zwar eigentlich nur auf einseitige Verpflichtung angelegt, können aber unter Umständen auch zu einer Gegenverpflichtung des eigentlich allein

*) s. unten Cursus § 656. **) s. oben Cursus § 457 a. E.

Berechtigten führen. Dieser Mittelclasse der s.g. unwesentlich gegenseitigen Obligationen gehört auch das Mandat an.* Es ergibt sich hiernach folgende Classification der Obligationen:

Streng einseitige:	Unwesentlich gegenseitige:	Wesentlich gegenseitige:
stipulatio	*commodatum*	*emtio venditio*
expensilatio	*depositum*	*locatio conductio*
mutuum	*pignus*	*societas*
	mandatum	

§ 627] Zu diesen anerkannten und terminologisch fixirten Vertragsobligationen kamen seit der letzten Zeit der Republik** und bez. in der Kaiserzeit† verschiedene andere durch specielle Geschäftsgründe karakterisirte Verträge, indem theils im Prätorischen Edict, theils im neueren Civilrecht der Jurisprudenz gewisse obligatorische Verträge anerkannt und mit einer Klage ausgestattet wurden. Die ersteren, zu denen namentlich die zwei *constituta* und die zwei *recepta* gehören, werden *pacta praetoria* genannt; die anderen gehen zwar von dem Gedanken der Consensualcontracte aus, wie z. B. der Tausch offenbar der Bruder des Kaufs ist, da sie aber nach Römischer Auffassung zu ihrer Wirksamkeit noch die hinzukommende Leistung von der einen Seite verlangen, sind sie als Abbilder der Realcontracte bezeichnet, und weil ihnen eine ausgebildete Terminologie des Civilrechts abging, unbenannte Realcontracte (kurzweg: Innominatcontracte) genannt worden.

Die prätorischen *pacta* sind dann auch mit einigen durch das Constitutionenrecht der nachclassischen Zeit klagbar gemachten Verträgen, den s. g. *pacta legitima* (*cf. fr. 6. D. de pact. 2, 14;* z. B. *pactum donationis*) zusammen, und unter dem gemeinsamen Namen *pacta vestita* den klaglosen Verträgen, *pacta nuda*, gegenüber gestellt worden.

§ 628] III. Die zwangsweise Entstehung von Obligationen infolge Delicts ist schon in den XII Tafeln in mehreren karakteristischen Fällen anerkannt. Namentlich lassen sich unschwer gewisse Delictstypen unterscheiden, aus welchen dann eine größere Mannichfaltigkeit von Delicten gliederungsweise hervortrat. Wir treffen da Delicte gegen die Person und gegen das Vermögen: auf jene geht die *actio injuriarum* wegen ideeller und körperlicher Verletzung (*ob carmen famosum* und *membrum ruptum*), auf diese geht die *actio furti*,†† welche Diebstahl und Raub zugleich traf, indem die *rapina* gleichsam noch im Begriff des *furtum manifestum* verborgen lag. Neben dem *furtum*, welches

*) Ueber Spiel und Wette, für deren juristische Wesensbestimmung die Römischen Quellen so gut wie gar keinen Anhalt geben, sind die Pandektenvorträge zu vergleichen.

**) s. oben Cursus § 196. 197. †) s. oben Cursus § 332.

††) s. Excurse S. 146.

auf Gewinn geht, findet sich dann noch ein Raum, welcher in den XII Tafeln vielleicht durch die *actio de rupitiis sarciendis*, später durch die *actio ex lege Aquilia* ausgefüllt worden ist: dies betrifft Vermögensbeschädigungen ohne Gewinnabsicht dessen, der sie verschuldet hat.

Endlich tauchen mit den *actiones de rationibus distrahendis* und *de pauperie*, welche gleichfalls auf die XII Tafeln zurückgeführt werden, bereits Ansätze zu dem später so reichen und interessanten System der *variae causarum figurae* auf; die erstere weist auf die Gruppe der Quasicontracte, die andere auf die der Quasidelicte hin.

Literatur: 1) Czyhlarz i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 243—257. — 2) Schilling Institut. III. § 281. Vergl. die Excurse zu diesem Kapitel. — 3) Ders. § 250. Anm. c. — 4) Vergl. dens. § 251. Anm. *p.* — 5) Gneist die formellen Verträge des neuern Röm. Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts (Berl. 1845) S. 413—514. Schlesinger z. Lehre von den Formalcontracten (Leipz. 1858) S. 70—72.

XXXII. Kapitel.

V. Ausübung und Aufhebung der Obligationen.

§ **629**] I. Die Obligationen unterscheiden sich, wie schon bemerkt, von den Sachenrechten namentlich auch dadurch, daß, während letztere einen zu dauerndem oder wiederholtem Genuß geeigneten Inhalt haben, der Inhalt der Obligationen sich in einer einmaligen, zuweilen mehrmaligen, aber immer mehr oder weniger transitorischen Thätigkeit des Schuldners erschöpft.* Der Gläubiger, indem er diese Thätigkeit herbeiführt und ihr Ergebniß sich zu Nutze macht, übt die Obligatio aus.

Die rechtliche Möglichkeit der Ausübung hat aber der Gläubiger nicht immer sofort und ohne Weiteres mit dem Erwerb der Obligatio: es sind dann zwei Stadien zu unterscheiden, das der erst erworbenen und das der dann fälligen Obligatio. Im ersten Stadium ist die Obligatio zwar begründet und ein wirklicher Bestandtheil im Vermögen des Gläubigers geworden, so daß derselbe über sie *jure novationis, cessionis, acceptilationis* verfügen kann und sie im Todesfall vererbt (s. g. *dies obligationis cedens*), allein die existente Obligatio kann noch nicht gegen den Schuldner ausgeübt werden, der vielmehr da nicht anders als freiwillig zu leisten braucht: *praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio* (*Paul. fr. 46. D. de V. O. 45, 1*); erst im zweiten Stadium kann die Ausübung rechtlich erzwungen, die Schuld eingetrieben, eingeklagt werden: man sagt, die Obligatio sei dann fällig, d. h. mahn- und klagbar oder exigibel und *actio nata* (s. g. *dies obligationis veniens*). *Cedere diem significat: incipere deberi pecuniam;*

*) s. oben Cursus § 593.

venire diem significat: eum diem venisse, quo pecunia peti possit (*Ulp. fr. 213. D. de V. S.*).

§ **630**] Die Hinausschiebung der Fälligkeit oder Ausübungsbefugniß kann entweder 1) durch Wesen der Obligation und Art der Leistung von selbst gegeben seyn, z. B. bei der *locatio conductio*, wo die *merces* als Aequivalent des Gebrauchs immer erst nach dessen Vollendung, bez. terminweise und *postnumerando*, gefordert werden kann, wenn nicht das Gegentheil verabredet ist, oder bei einer auf einen entfernten Ort gestellten Leistung (z. B. *fr. 137. § 2. D. de V. O. 45, 1*); oder 2) aus der besonderen *lex contractus* folgen, indem die Contrahenten eine Zeitbestimmung (Betagung, Befristung), sei es anfänglich oder später (Gestundung),* beigefügt haben. Eine solche Zeitbestimmung ist von einer Bedingung wohl zu unterscheiden**: *ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem* (= *a die*), *cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies, pendente adhuc conditione* (*fr. 213. cit.*).

Jede Befristung enthält eine Retardirung des natürlichen Verlaufs, daher wo die Länge der Frist zweifelhaft ist, die kürzere Frist — wo gar keine Frist gesetzt ist, sofortige Fälligkeit anzunehmen ist, wie schon Sabinus und Pomponius (*fr. 14. D. de R. J.*) aufstellten und Ulpian dann ausführt: *Qui „Kalendis Januariis" stipulatur, si non addat, quibus Januariis, facti quaestionem inducit, quid forte senserit; si autem non appareat, dicendum est, quod Sabinus: primas Kalendas Januarias spectandas. Plane si ipsa die Kalendarum quis stipulationem interponat, quid sequemur? et puto, actum videri de sequentibus Kalendis. Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur. Ex quo apparet, diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore* (*fr. 41. D. de V. O. 45, 1*). Die Neueren sagen: *Quod sine die debetur, statim debetur.*

§ **631**] II. Der Vollzug der geschuldeten Leistung (*naturalis praestatio ejus, quod debetur*) bildet den normalen Ausgang der Obligatio, denn in ihm erfüllt sich ihr Zweck: so wird der Vollzug Erfüllung genannt; in den Quellen heißt er, mit Rücksicht auf die Wirkung für den Schuldner, welcher damit entlastet, befreit wird, *solutio* (Lösung des Schuldners, Erlöschung der Obligatio; Zahlung); *liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis* (*Paul. fr. 47. D. de V. S.*); *solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet; solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit* (*Ulp. fr. 176. D. eod.*).

Das Natürliche ist nicht immer das Rechtliche, am wenigsten in einem von Haus aus so idealistisch angelegten Recht, wie das der Römer;† der Satz, daß, was zwecklos geworden, ohne Weiteres als erlo-

---

*) s. unten Cursus § 634. **) s. oben Cursus § 463 (S. 351).
†) s. Excurse S. 350—356.

schen gelten solle, kann praktisch leicht zu Unsicherheiten führen, also unpraktisch erscheinen, so einfach er klingt; endlich ist ein einfacher Zahlungsact ein karakterloser Act und trägt in sich selbst kein Merkmal, welches der Signatur einer civilistischen Existenz, wie es eine Obligatio des Civilrechts ist, entspräche: daher, so gewiß das alte *nexum* nur durch *liberatio per aes et libram* aufgehoben ward, paßt der allgemeine Satz, daß Obligationen durch Erfüllung (*solutio*) *ipso jure* aufgehoben werden, nicht in das alte System des *jus strictum et solenne*, vielmehr muß dieser Satz für das Erzeugniß einer späteren freieren Rechtsbildung gehalten werden.

§ 632] Aller Wahrscheinlichkeit nach wurde jenes alte System von einem Gedanken beherrscht, welcher höchst einfach ist und nicht auf Zweckrücksicht, sondern auf juristischer Logik beruht: *Omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (*Gai. fr. 100. D. de R. J.*) — *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur* (*Ulp. fr. 35. D. eod.*) — *prout quidque contractum est, ita et solvi debet* (*Pomp. ad Q. Mucium: fr. 80. D. de solut. 46, 3*). In Gemäßheit dieses Gedankens, der als Dogma des *contrarius actus** bezeichnet werden kann, ergaben sich vier Aufhebungsarten: *verborum* und *literarum proprietas*, *rei restitutio* und *contrarius consensus* (*s. mutuus dissensus*). Nun war freilich mit dem *contrarius consensus* bereits ein Ansatz zu dem naturalen Solutionsprincip gegeben, denn ein Zahlungsact pflegt vom *animus liberandi* begleitet zu seyn, und unmittelbar lag dieses Princip bei den Realcontractsobligationen vor, wo Erfüllung eben der Conträract selbst — die der einfachen *traditio* entsprechende einfache *restitutio* — war. Von da aus mußte dann, jemehr das *jus gentium* in das Römische Obligationenrecht eindrang und namentlich auch der populärste aller Contracte, die Stipulation, unter den Gesichtspunkt des *jus gentium* gerückt ward, der Naturalact der Erfüllung in den Vordergrund treten und zum civilistischen Prototyp aller Solutionsarten werden. Diese Wendung geschah sicherlich in der Weise, daß die *solutio* fortan als *ipso jure* wirkender Tilgungsgrund für Stipulationen anerkannt wurde; daß er auf die *literarum obligatio* je Anwendung fand, steht zu bezweifeln. — Die *novatio*,** welche vordem die einzige formlose Tilgung einer Obligatio. gerechtfertigt durch die Form des neuen Contracts, gewesen, und die *acceptilatio*,† welche wesentlich ein Formalact war, mußten sich nun gefallen lassen, von der von dem neuen Gesichtspunkt aus generalisirenden Jurisprudenz nach dem Vorbild der *solutio* behandelt zu werden.[1]

Im Gebiete der Delictsobligationen trat das Dogma vom Conträract in dem merkwürdigen und nur von diesem Punkte aus ganz verständlichen Satze auf, daß solche auch durch formlosen Sühnevertrag

---

*) s. oben Cursus § 196. und die dort auf S. 136 in der Anm. cit. Abhandlung (S. 521—4).
**) s. oben Cursus § 603. †) s. unten Cursus § 635.

(*pactum, pax: fr. 1. § 1; fr. 17. § 1; fr. 27. § 3. D. de pact. 2, 14*) *ipso jure* getilgt werden: denn *pactum* ist *pax*, und Versöhnung ist das Conträre der im Delict verwirklichten Entzweiung.[2]

§ **633**] III. Im ausgebildeten System sind folgende Aufhebungsgründe angenommen: 1) die Aufhebung kann durch die eigne Thätigkeit der Obligationssubjecte und zwar durch ein die Aufhebung bezweckendes Rechtsgeschäft erfolgen: dahin gehören außer dem Erfüllungsacte (*solutio*) die verschiedenen förmlichen und formlosen Aufhebungsverträge (*acceptilatio, contrarius consensus, novatio, pactum liberatorium*).

2) Die Aufhebung kann auch ohne Aufhebungsact geschehen, und zwar a) durch Tod des Gläubigers oder Schuldners, wenn die Obligatio streng persönlicher Natur war, wie z. B. die *societas;* b) durch *capitis diminutio** des Einen oder Anderen, auch durch *minima*, wenn die Obligatio dem strengen Civilrecht angehört; c) zufolge *confusio*** bei Beerbung des Einen durch den Anderen: *aditio hereditatis nonnunquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, s. contra, adierit hereditatem* (*Pap. fr. 95. § 2. D. de solut. 46, 3*); d) zufolge unverschuldeten Unmöglichwerdens der Leistung;*** als ein besondrer Fall dieser Art[3] ist auch der s. g. *concursus duarum causarum lucrativarum* anzusehen, d. h. der unentgeltliche† Erwerb einer Sachspecies, auf welche der Erwerber einen anderen gleichfalls unentgeltlichen Anspruch hatte: *Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset* (*Jul. fr. 17. D. de O. et A. 44, 7;* Ausführung in *fr. 19. eod.* und *§ 6. J. de legatis 2, 20*); e) zur Strafe, z. B. Verwirkung wegen Selbsthülfe.††

Nur theilweise trifft mit obiger Classification die von Pomponius aufgestellte Eintheilung der Solutionsgründe in naturale und civile zusammen: *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur, aut civiliter; naturaliter, veluti solutione, aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit; civiliter, veluti acceptilatione, vel cum in eandem personam jus stipulantis promittentisque devenit* (*fr. 107. D. de solut. 46, 3*).

Obligationen, die durch *capitis diminutio minima* betreffs ihres civilen Bestandtheils untergingen, wurden durch prätorische Fiction zugunsten der Gläubiger des *diminutus* aufrecht erhalten.††† Umgekehrt aber ließ der Prätor auch die Entkräftung civilrechtlich (*ipso jure*) fortbestehender Obligationen zu; eine solche Entkräftung steht, wofern sie *in perpetuum* gilt, der wirklichen Aufhebung gleich und kann daher als prätorische Aufhebung bezeichnet werden: *indebitum solutum accipimus*

*) s. oben Cursus § 368.
**) Vergl. dazu oben Cursus § 544. 572.
***) s. oben Cursus § 611.
†) s. oben Cursus § 461. sub 3).
††) s. oben Cursus § 468.
†††) s. oben Cursus § 384 a. E.

non solum, si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat (*Ulp. fr. 26. § 3. D. de cond. ind. 12, 6*; dazu *fr. 55. D. de V. S.* und *fr. 112. D. de R. J.*). Aus diesem nicht bloß historisch, sondern auch dogmatisch wichtigen Gesichtspunkt gliedert sich das System der Aufhebungsgründe in folgender Weise.

§ **634**] Hinsichtlich der Wirksamkeit sind civile und prätorische Aufhebungsgründe zu unterscheiden. 1) Durch die civilen wird die Obligatio selbst und nach ihrer Substanz (*ipsum jus obligationis*) getilgt; demgemäß bedarf es im Formularproceß zu ihrer Berücksichtigung *in judicio* keiner besonderen Ermächtigung durch den instruirenden Prätor; 2) die prätorischen treffen nicht die Obligatio selbst, sondern nur ihr Organ, die *actio*, die nun *summota* ist: solche erscheinen als selbständige *jure honorario* (*tuitione Praetoris*) dem Schuldner gewährte Rechte, wodurch die Geltendmachung (Ausübung) der Obligatio vereitelt wird, wofern der Schuldner sich ihrer bedient, und der Prätor ihr Anführen, die s. g. *exceptio* (sei es generell durch die *clausula bonae fidei*, oder in Gestalt specieller Namhaftmachung) der Formel einverleibt;* z. B. die *exceptio doli, metus, compensationis.* — Von den ersteren heißt es daher, daß sie *ipso jure*, von den anderen aber, daß sie *ope exceptionis* wirken.

Ihre Verschiedenheit zeigt sich im materiellen Recht darin, a) daß der Eintritt eines civilen Grundes die Obligatio unwiederbringlich beseitigt, während eine prätorisch beseitigte Obligatio wieder auflebt, wenn die ihr entgegenstehende *exceptio* beseitigt wird. *Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est; quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur; et ideo replicatione exceptio elidetur. Si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum, non poterit postea paciscendo, ut agere possit, agere; quia et prima actio* (= *obligatio*) *sublata est, et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est; non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti emti; non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum* (*Paul. fr. 27. § 2. 3. D. de pact. 2, 14*); b) daß ein civiler Tilgungsgrund immer peremtorisch, ein prätorischer aber möglicherweise nur dilatorisch wirkt: so wenn Gestundung bis zu einem Termin (*pactum de non petendo temporale*), oder Aufschub für Lebenszeit bewilligt wurde, denn hier findet die einstweilen unzulässige Geltendmachung später (bez. gegen den Erben) noch statt; *si cum reo ad certum tempus pactio facta sit, ultra neque reo, neque fidejussori prodest; si paciscatur, ne a se, sed ab herede petatur, heredi exceptio non proderit: Paul. fr. 27. § 1; fr. 17. § 3. D. de pact. 2, 14*); c) daß ein civiler Grund immer absolut d. h. für alle Obligationsinteressenten wirkt, die Wirkung

---

*) s. oben Cursus § 236. 241. 242.

eines prätorischen Grundes aber auf einen oder einige Interessenten, namentlich die Person des Gläubigers oder des Schuldners, beschränkt seyn kann; hiernach werden namentlich *pacta de non petendo* (*pacta remissoria* oder *pacta* im engern Sinn) *in rem* und *in personam* unterschieden: letztere erstrecken ihre Wirksamkeit auf Erben, Mitschuldner (bez. Mitgläubiger), Bürgen, Gewalthaber der Vertragspartei nicht oder nur beschränktermaßen (*fr. 7. § 8; fr. 19. § 1; fr. 20. 21. § 1; fr. 22. 25. § 1. D. eod.*); auch kann ein *pactum* für die eine Partei *in rem* und für die andere *in personam* gestellt seyn (*fr. 57. § 1. D. eod.*).

§ 635] IV. Die einzelnen Aufhebungsgründe. 1. Civile Aufhebungsgründe sind — abgesehen von der im classischen Recht fast antiquirten *liberatio per aes et libram* (*Gai. 3, 173—5*) und der in den Quellen nicht direct beschriebenen *acceptilatio per literas* — folgende: *solutio, acceptilatio, novatio, contrarius consensus* bei Consensualobligationen, *pactum* bei Delictsobligationen, *mors, capitis diminutio, confusio*, Unmöglichkeit der Leistung, Verwirkung. Unter diesen verdient die reelle Solution mit ihren zwei dogmatischen Copien eine besondere Betrachtung.

a) *Solutio* d. h. Leistung dessen, was den Inhalt der Obligatio bildet: das Geleistete muß nicht bloß sachlich dem Inhalte der Obligatio entsprechen, sondern auch vom Leistenden auf diese bezogen seyn. aa) Das Geleistete muß sowohl qualitativ als quantitativ dem Obligationsinhalt entsprechen, folglich braucht der Gläubiger sich weder ein Surrogat, noch Stückzahlung gefallen zu lassen und begeht mit deren Zurückweisung keinen Verzug: *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* (*Paul. fr. 2. § 1. D. de reb. cred. 12, 1;* dazu *fr. 98. § 6. D. de solut. 46, 3*); *non licet particulatim exsolvere* (*Modest. fr. 41. § 1. D. de usur. 22, 1;* dazu *fr. 13. § 8. D. de act. emti 19, 1*). bb) Ebensowenig braucht der Gläubiger verfrühte oder am ungehörigen Orte angebotene Leistung anzunehmen: *is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest* (*Ulp. fr. 9. D. de eo, quod certo loco 13, 4*). cc) Auch ein Dritter kann durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes an den Gläubiger den Schuldner liberiren, vorausgesetzt daß die Leistung vom Dritten so gemeint war: *solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit jure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere* (*Gai. fr. 54. D. de solut. 46, 3;* dazu *fr. 40. D. eod.*); *quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat* (*Ulp. fr. 31. pr. D. de her. pet. 5, 3*).

Die mit Bewilligung des Gläubigers erfolgte Leistung eines Surrogates (*datio in solutum*, Hingabe an Zahlungsstatt) befreit den Schuldner: *placuit, rem pro pecunia solutam parere liberationem* (*Ulp. fr. 26. § 4. D. de cond. ind. 12, 6*); ob aber *ipso jure* oder bloß *ope exceptionis*, war unter Sabinianern und Proculianern bestritten (*Gai. 3, 168*).[4]

§ 636] b) Formale Solutionen. aa) *acceptilatio*, gewissermaßen eine ins Gegentheil gewendete Stipulation, in der Formel einer Empfangsfiction: *Acceptilatio est velut imaginaria solutio, quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris, haec verba me dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? et tu respondeas: Habeo!* (*Gai. 3, 169*) — *Acceptilatio solutioni comparatur* (*Ulp. fr. 7. § 1. D. de lib. leg. 34, 3*). Sie ist gleichsam eine formale Verbalquittung und ohne Rücksicht auf reelle Zahlung wirksam: *inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit* (*Ulp. fr. 19. D. de acceptil. 46, 4*); auf andere als Verbalobligationen angewendet, wirkte sie bloß wie ein *pactum de non petendo* (*fr. 19. cit.*).

bb) *novatio*,* gleichfalls der *solutio* verglichen (*Venul. fr. 31. § 1. D. de novat. 46, 2*) und gleich dieser anwendbar auf jegliche Art von Obligationen: *Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit,*** *quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter* (*Ulp. fr. 1. D. de novat. 46, 2*); „ist die neue Obligatio ungültig aus einem Grund, der den ganzen Act trifft, so tritt gar keine Wirkung ein; so, wenn mit einem Peregrinen stipulirt worden ist; ist die neue Obligatio bedingt, so ist es die ganze Novation: Servius war andrer Meinung, die aber verworfen wurde" (Gai. 3, 179).[5] Im Zweifelsfall wird nicht Novation, also nicht Tilgung der bestehenden Obligatio angenommen: *omnes res transire in novationem possunt, dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio; ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes* (*Ulp. fr. 2. D. de nov. 46, 2*).

§ 637] 2. Prätorische Aufhebungsgründe sind a) das einfache *pactum de non petendo* und gewisse andere gleichfalls auf Beseitigung der Obligatio hinauskommende Verabredungen. Sie alle wirken nur *ope exceptionis*, die *obligatio* bleibt *ipso jure* bestehen, allein die Geltung wird ihr entzogen und der Gläubiger nicht mehr als Gläubiger angesehen, die *obligatio* ist daher fortan *inanis* oder *quasi nulla*, und kann weder novirt, noch cedirt, noch auch zur Compensation benutzt werden (*fr. 14. D. de compens. 16, 2*).

Ein *pactum de non petendo* enthaltend können als qualificirte *pacta* bezeichnet werden aa) die *transactio*† (die zur Beseitigung einer streitigen Obligatio dient),[6] wofern sie nicht in Acceptilationsform geschah; bb) das *compromissum* und das *jusjurandum delatum*, denn aus dem compromissarischen *arbitrium*†† erwirbt die Partei ganz ebenso

---

*) s. oben Cursus § 603.

**) Ueber eine ganz besondere Anwendung der Novation, nämlich zum Zwecke einer Acceptilation (s. g. *stipulatio Aquiliana*) s. unten Cursus § 658.

†) s. oben Cursus § 466 sub a). ††) s. unten Cursus Kap. 39 (des II. Theils).

eine *exceptio*, wie aus der nach Analogie des *judicatum* zu beurtheilenden *exactio jurisjurandi*;* cc) das *constitutum debiti*,** sofern dabei bezweckt wird, das ursprüngliche Verhältniß zu beseitigen.[7]

§ 638] b) *compensatio*. Nicht die Logik, aber die Billigkeit und selbst die durchschnittliche Intention der Parteien führt dazu, daß, wenn der Schuldner eine Gegenforderung hat, d. h. Gläubiger seines Gläubigers ist, womöglich eine Ausgleichung ohne beiderseitige Zahlung geschehe: s. g. Aufrechnung, Wettschlagung oder Compensation, *debiti et crediti inter se contributio* (*Modest. fr. 1. D. de compensat. 16, 2*), *quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere* (*Pomp. fr. 3. eod.*). Es ist ein allgemeiner Verkehrsgewinn, wenn auf diese Weise Zahlungen überflüssig werden, allein der Römische Rechtssinn hat sich nicht rasch dazu entschlossen, eine solche Hemmung der selbständigen und rücksichtslosen Geltendmachung jedes einzelnen Anspruchs zuzulassen.

Nachdem längst schon vertragsmäßige Aufrechnungen durch gegenseitige Acceptilationen üblich waren (*Plaut. Mostellaria I, 3, 140*; *Cato de re rust. 144. 145*), empfahl sich zuerst eine zwangsweise Zulassung bei solchen Rechtsgeschäften, aus denen eine gegenseitige Obligatio entsprang, indem es hier der *bona fides* entsprechend und Sache des *judex* schien, Gegenforderungen *ex eadem causa* unter Umständen zu berücksichtigen; wahrscheinlich war es Q. Mucius Scaevola — *qui bonae fidei nomen existimabat manare latissime* (*Cic. de offic. 3, 17*†) —, welcher den ersten Impuls zur Entwicklung des Compensationsinstituts gab; Labeo, welcher das Wort *compensatio* bereits technisch anwendete (*fr. 13. D. eod.*), erkannte die Aufrechnung auch bei unwesentlich gegenseitigen Obligationen an (*fr. 10. § 9. D. mandati 17, 1*).[8] Dieser Fortschritt lag nahe genug, da das Verkehrsbedürfniß selbst über das Gebiet der *negotia bonae fidei* hinaus dazu drängte, daß der Prätor durch Aufstellung einer *actio cum compensatione* die Wechsler (*argentarii*) nöthigte, die Gegenforderungen ihrer Geschäftsfreunde immer und ohne Weiteres (d. h. durch Aufnahme der Abzugssumme in die Intentio) compensationsweise in Abzug zu bringen (*Gai. 4, 64. 68*), und daß im Concurs der *bonorum emtor cum deductione* klagen,†† d. h. unter Aufnahme der Gegenforderungen der Concursschuldner in den Condemnationspassus sich deren vollen Abzug gefallen lassen mußte (*Gai. 4, 65. 66*). Bei Gaius (*4, 61. 63.*) erscheint dann die Compensationsrücksicht im Gebiete der *bona fides* als unbedingt zur richterlichen Machtvollkommenheit gehörig.

Außerdem erweiterte sich das Anwendungsgebiet der Compensation durch Erweiterung der *exceptio doli mali* (mittels des Zusatzes: [*si nihil dolo malo factum sit*] *neque fiat*), was wohl durch die Autorität Labeo's geschah (*fr. 2. § 1. 3. 6*; *fr. 7. D. de doli exc. 44, 4*): nun

*) s. oben Cursus § 252.
**) s. unten Cursus Kap. 39 (des II. Theils).
†) s. oben Cursus § 196. 236.
††) s. oben Cursus § 265.

konnten kraft dieser *exceptio doli generalis* auch strenge Klagen unter *bona fides* gestellt und compensabel werden. Javolen und Julian erkannten dies an (*fr. 15. fr. 10. § 3. D. de compens. 16, 2*; *fr. 60. D. de legat. I.*), und es ward üblich, daß der *judex* selbst ohne Weiteres im Urtheil die beantragte Compensation für vollzogen erklärend einfach auf die geminderte Klagsumme erkannte. Ein *rescriptum divi Marci*, das insgemein als erste Einführung der Compensation bei *negotia stricti juris* verstanden wird (*§ 30. J. de act. 4, 6*), scheint die Praxis nur befestigt zu haben[9]: das Erforderniß der *eadem causa* war damit gefallen, und man verstand sich zuletzt selbst dazu, gegen Pönalklagen Compensation zuzulassen (*Ulp. fr. 10. § 2. D. de comp. 16, 2*). Ein Antrag der Partei (*exceptio doli generalis*) blieb immer erforderlich, aber ihn zu berücksichtigen, war nicht mehr in das freie Ermessen des Richters gestellt, sondern allgemeines und festes Recht der Parteien (*merum jus compensationis: Pap. fr. 36. D. de admin. tutor. 26, 7*) geworden, d. h. *juris necessitas* im Gegensatz der *judicis potestas* (*fr. 40. D. de judic. 5, 1*), und da dies nun auch für *judicia stricti juris* galt, sprach man von *compensatio, quae ipso jure fit*[10]: *placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari* (*Paul. fr. 21. D. eod.*).

Die Compensation, wo sie überhaupt zulässig ist, kann ein Surrogat der Zahlung genannt werden: *Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure compensationem pro soluto haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur* (*Alex. Sev. l. 4. C. de compens. 4, 31*; dazu *Paul. fr. 19. D. de liber. causa 40, 12*). Compensabel aber sind nur solche gegenseitige Forderungen, die fällig (exigibel: *Gai. 4, 67*) und gleichartig (*Gai. 4, 66*) sind; „nur wenn man mit dem Objecte der Gegenforderung die Forderung zahlen könnte, tritt die Billigkeit der Compensation ein; zudem läßt sich die Abrechnung, durch welche sich die Compensation vollzieht, nur zwischen gleichartigen Größen herstellen.“[11] — Neben dieser ein Recht des verklagten Schuldners bildenden Compensabilität (s. g. *comp. necessaria*) kann natürlich auch auf Grund freier Vereinbarung mannichfach compensirt werden (s. g. *comp. voluntaria*).

Literatur: 1) Kuntze d. Obligation u. Sing.-Succ. des R. R. (Leipz. 1856) S. 176—189. — 2) v. Völderndorff-Waradein z. Lehre v. Erlaß (Münch. 1850). Rudorff in Puchta's Curs. d. Inst. III. § 280. Anm. gg). v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. II. (Erlgn. 1854) S. 19. — 3) Fr. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht I. (1853) S. 255. — 4) Römer d. Leistung an Zahlungsstatt nach d. Röm. u. gem. R. (Tüb. 1866) S. 63—66. — 5) Puchta Curs. III. § 280 *sub* 3. a. — 6) Vergl. Müller Institut. § 153. Anm. 10. — 7) Ueber *jusjurandum, compromissum, constitutum* und deren formale Solutionskraft s. Kuntze d. Oblig. etc. S. 196—217. Dazu Fuchs i. Arch. f. civ. Prax. XLII. (1859) S. 177 ff. — 8) Dernburg Geschichte und Theorie der Compensation nach Römischem und neuerem Recht 2. Aufl. (Heid. 1868) S. 9. 85. 88. — 9) Ders. S. 172—190. — 10) Ders. S. 311. 323. — 11) Ders. S. 483—496. —

XXXIII. Kapitel.

VI. Schutz der Obligationen.

§ **639**] I. Allgemeine Unterscheidungen. Die Obligationen, welche aus einem civilrechtlichen Grunde hervorgegangen sind, werden durch eine civilrechtliche Klage, die durch das prätorische und ädilicische Edict begründeten durch eine *actio honoraria* geschützt;* in der Gewährung der *actio* aber ist die Befugniß exceptionsweiser Geltendmachung zugleich mitenthalten.** Zu den Civilklagen im weiteren Sinn wurden nicht bloß die alten Klagen des *strictum jus*, sondern auch die auf späterem Gewohnheitsrecht der republikanischen Zeit beruhenden, namentlich also zum Schutze der Consensual- und Realcontracte gegebenen,*** sodann manche aus der Kaiserzeit stammende Klagen gerechnet: letztere waren theils durch die Jurisprudenz ausgebildete, nämlich die s.g. *actiones praescriptis verbis*,† theils im Constitutionenrecht (*jure extraordinario*) begründete, die im engern Sinn s. g. *persecutiones*.†† *Omnium obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae; civiles sunt, quae aut legibus constitutae, aut certe jure civili comprobatae sunt; praetoriae sunt, quas Praetor ex sua jurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur* (*§ 1. J. de oblig. 3, 13*) — *Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione vel jure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario, vel extraordinario* (*Ulp. fr. 10. D. de V. S.*).

Die Klage erhielt ihre technische Benennung regelmäßig von der durch sie geschützten Obligatio, z. B. die Klage aus der Stipulation: *condictio ex stipulatu,* aus dem Kaufgeschäft für Käufer und Verkäufer: *actio emti, actio venditi.* Die Klagen, welche auf Grund eines Innominatcontractes gegeben wurden, trugen den allgemeinen Namen *actiones praescriptis verbis,* obschon für einzelne Fälle derselben sich gleichfalls eigene Namen darboten, z. B. *actio permutati.* Die Klagen aus einer unwesentlich gegenseitigen Obligation wurden als *actiones directae* (*ex mandato etc.*) bezeichnet, sofern sie der ursprünglichen und eigentlichen Intention des Geschäfts entsprechen, während die Klagen wegen zufälliger Gegenverbindlichkeit *actiones contrariae* (*ex mandato etc.*) genannt wurden, denn sie liegen nicht im Zwecke des Geschäfts, sondern erheben sich nur bei Gelegenheit desselben und erklären sich nicht aus sich selbst, sondern aus der Natur des in der *actio directa* formulirbaren gegenüberstehenden Hauptanspruchs, z. B. die Klage auf Ersatz der Kosten, welche bei Ausrichtung eines Mandats verlegt worden sind.

§ **640**] Auch der Unterschied der strengen und freien Klagen

*) s. oben Cursus § 233. 471. **) s. oben Cursus § 479. ***) s. oben Cursus § 196 u. 624.
†) s. oben Cursus § 232 u. 627. ††) s. oben Cursus § 339. 351.

gehört dem Obligationengebiet an; er hat sich im Zusammenhang mit dem Formularproceß entwickelt, erstreckt aber seine Bedeutung in das materielle Recht,* und man überträgt demgemäß die Eintheilung von den Klagen auch auf die Rechtsgeschäfte (*negotia*, *contractus*). Strenge Klagen (*actiones*, *judicia stricti juris*) sind die im alten Civilrecht begründeten persönlichen Klagen, welche aus einseitiger Obligatio entspringend auf ein *certum* gehen, z. B. die *condictio certi ex stipulatu;* freie Klagen waren sowohl die dem späteren Civilrecht entsprossenen, die mit einer besonderen Clausel in der Formula ausgestattet wurden (*actiones s. judicia bonae fidei* im eigentlichen Sinn), als auch die prätorischen Klagen mit *incerta formula*, z. B. die *actio emti venditi* — *actio de pecunia constituta*, *de peculio*.

Neben den im *jus civile* und *honorarium* begründeten Obligationen werden auch solche, die auf *jus naturale* beruhen, genannt und hiernach eine Dreigliederung aufgestellt: *res hypothecae dari possunt vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali* (*Marcian fr. 5. D. de pignor. 20, 1*). Die letzteren können nur außergerichtlich, vertheidigungsweise und indirect im Gericht ausgeübt werden, weil sie des Rüstzeugs eines eignen aggressiven Rechtsmittels, d. h. der Klage im engern Sinn, entbehren. Da diese Naturalobligationen erst in verhältnißmäßig später Zeit zur Anerkennung gelangten und immer den Karakter unvollkommener Obligationen trugen, sonst aber gerade in der Klage die Eigenthümlichkeit der Obligatio recht deutlich hervortritt und sich zu erschöpfen scheint: so hatte man sich gewöhnt, *actio* und *obligatio* ohne Weiteres als gleichbedeutende Ausdrücke zu gebrauchen,** z. B. in *fr. 7. § 4. 5. D. de pact. 2, 14* (*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem ... ne ex pacto actio nascatur: Ulpian*), bei den Klagen prätorischen Ursprungs blieb bis in die Zeit der classischen Jurisprudenz *actio* die übliche Bezeichnung für das ganze Schuldverhältniß, z. B. *actio de recepto*, *de peculio*, *institoria*, *utilis*, und Paulus verbindet die Worte: *mandati actione obligari* (*fr. 22. D. ad Sct. Vell. 16, 1*).

§ **641**] II. *Obligationes naturales* sind Obligationen, die einer im Hintergrunde des *jus civile* und *honorarium* verborgenen und erst in der Kaiserzeit gleichsam neu entdeckten Rechtswelt angehören;*** sie sind unvollkommene Obligationen, und noch Julian deutet auf ihre Einreihung unter die Obligationen, als auf eine abusive hin: *licet minus proprie „debere" dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores* (*fr. 16. § 4. D. de fidej. 46, 1;* dazu *Ulp. fr. 41. D. de pecul. 15, 1*). Dennoch scheinen sie, einmal anerkannt, eine bedeutende Rolle im Leben und in der Theorie der Römer gespielt zu haben und begegnen uns in den Quellen häufig genug.

Bei der hohen Wichtigkeit des Dogma's der Naturalobligation und seiner offenbar erst in der Kaiserzeit anhebenden Entwicklung steht zu

---

*) s. oben Cursus § 236. **) s. oben Cursus § 472. Abs. 3. u. § 597.
***) s. oben Cursus § 43.

vermuthen, daß es in den Kampf der Schulen, welcher eben diese Zeit ausfüllt, verwickelt war; vielleicht ist uns eine Spur davon in Folgendem bewahrt. Sabinus scheint unter *naturales obligationes* nur klagbare Forderungen, nämlich solche, die *re contractae* waren, verstanden zu haben (*fr. 10. D. de O. et A. 44, 7*), denn Paulus hebt hier, wie es scheint, im Gegensatz zu jenem, hervor, daß noch in einem anderen Sinn von Naturalobligationen zu reden sei; Labeo aber hat vielleicht zuerst auf diese Erscheinung aufmerksam gemacht, denn Javolen (*fr. 40. § 3. D. de condit. 35, 1*), welcher im Gegensatz zu Servius Sulpicius Naturalobligationen zwischen Herrn und Sklaven annimmt, spricht dies in seinem Labeo-Commentar aus.* Rückhaltslos scheinen zuerst Javolen und Julian das Dogma ausgesprochen und so die Praxis (*eo jure utimur: fr. 40. cit.*) befestigt zu haben; doch war noch Julian, wie wir sahen, vorsichtig mit der Anwendung des vollen Obligationsbegriffs, und wie es scheint, hat jenes Dogma erst durch Ulpian seine letzte Vollendung erfahren, indem dieser[1] die Compensabilität der Naturalobligation aussprach (*fr. 6. D. de compens. 16, 2*).**

§ **642**] Die Fälle der Naturalobligation sind folgende: 1) Klagbare Obligationen verkümmern zu Naturalobligationen a) durch *deductio in judicium*, denn die Litiscontestation consumirt den civilen Bestand der Obligation, indem sie nur eine *naturalis obligatio* übrig läßt*** (*fr. 8. § 3. D. de fidej. 46, 1; fr. 50. § 2. D. de pecul. 15, 1; fr. 8. D. de compens. 16, 2*); b) durch Verwirkung des Klagrechts zur Strafe: *si poenae causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet* (*Pomp. fr. 19. pr. D. de cond. ind. 12, 6*); so bei dem Forderungsverlust *ex decreto divi Marci*;† c) durch *minima capitis diminutio* (*arrogatio, adoptio, emancipatio*): *hi qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis diminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter* (*Ulp. fr. 2. § 2. D. de cap. min. 4, 5*); übrigens stellt der Prätor die verlornen Klagen zu Gunsten Dritter, denen die Forderung zusteht, wieder her;†† d) durch *confusio*††† von Forderung und Schuld, falls ein Pfand bestellt war, indem hier *remanet propter pignus naturalis obligatio* (*Paul. fr. 59. pr. D. ad Sct. Treb. 36, 1*), was wichtig ist für den Fall nachherigen Wiederauflebens der Forderung; ohne Pfand würde die Obligatio völlig erlöschen; e) dadurch, daß der Gläubiger oder Schuldner Sklave wird, denn ein Sklave kann nur *naturaliter* verpflichtet seyn; f) dadurch, daß Jemand den Gläubiger[2] seines *filiusfamilias* beerbt (s. unten *sub* 2. c.).*

§ **643**] 2) Obligationen entstehen als Naturalobligationen: a) aus Contracten zwischen Sklaven und Fremden; Delict des Sklaven begründet *actio noxalis* gegen den Herrn, bez. nach der Freilassung selbständigen Anspruch gegen den Freigewordenen: *Servi ex delictis quidem*

---

*) s. Excurse S. 315. **) s. oben Cursus § 334. u. Excurse S. 315. 316.
***) s. oben Cursus § 349. u. Excurse S. 320—328. †) s. oben Cursus § 468.
††) s. oben Cursus § 384. †††) s. oben Cursus § 633.
*) Ueber die Frage, ob die Klagverjährung eine Naturalobligation übrig lasse, sind die Pandektenvorträge zu vergleichen.

obligantur, et si manumittantur, obligati manent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant; denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor (*Ulp. fr. 14. D. de O. et A. 44, 7; fr. 1. § 18. D. depositi 16, 3; fr. 13. pr. D. de cond. ind. 12, 6*); b) aus Contracten zwischen Herrn und Sklaven: *Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est, ideoque si dominus in rationes suas referat, „se debere servo suo", cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem* (*Pomp. fr. 49. § 2. D. de pecul. 15, 1; fr. 7. § 6. eod.*); aus einem Delict des Sklaven gegen den Herrn entspringt diesem keine Obligatio (*fr. 17. pr. D. de furt. 47, 2;* ungenau[3] *§ 6. J. de noxal. act. 4, 8*), doch mindert sich das etwaige Peculium *ipso jure* durch den Schädenbetrag (*fr. 9. § 6. D. de pecul. 15, 1*); c) aus Contracten des Gewalthabers mit seinem *filiusfamilias*; zwar mit einem Dritten kann ein *filiusfamilias* voll wirksam contrahiren (*fr. 39. D. de O. et A. 44, 7*), allein im andern Fall verhindert die *patria potestas* jedes *agere*: *lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio* (*Gai. fr. 4. D. de judic. 5, 1; fr. 16. D. de furt. 47, 2*), daher ist die *obligatio* bloß *naturalis*, eine solche aber entsteht trotz *fr. 15. § 1. D. de castr. pec. 49, 15* und *fr. 2. pr. D. de contr. emt. 18, 1* (wo nur die *actio*, nicht die *obligatio* verneint werden soll);[4] d) dasselbe gilt von Contracten zwischen zwei derselben *patria potestas* Unterworfenen (*Afric. fr. 38. pr. D. de cond. ind. 12, 6:* die berüchtigte *lex Frater a fratre*[5]); e) durch *mutuum contra Sctum Macedonianum*,* welches zwar eine *exceptio perpetua* gewährt, aber eine Naturalobligation übrig läßt, nach dem Grundsatze des Pomponius (s. oben *sub* 1. b.).

Das *pactum nudum*, sofern es überhaupt nicht Quelle von Obligationen ist, erzeugt auch keine Naturalobligationen. Dagegen kann aus einem ohne Vollwort abgeschlossenen Contracte des Pupillen eine Naturalobligation entstehen, sowie auch im Fall ungerechter Freisprechung eines Schuldners dessen Verbindlichkeit *naturaliter* bleibt: indeß zeigen diese zwei Fälle so erhebliche Abweichungen von dem ausgebildeten Dogma der Naturalobligation, daß sie abgesondert zu stellen sind und beschränkte Naturalobligationen genannt werden können.**

§ **644**] Die Naturalobligationen sind in der That Obligationen, insofern sie innerhalb gewisser Grenzen durchsetzbare Ansprüche sind und Wirkungen äußern können. Die regelmäßigen Wirkungen sind folgende: 1) die Obligatio ist zahlbar, d. h. eine mit Hinblick auf sie vom Schuldner geleistete Zahlung gilt als Schulderfüllung und ist daher nicht der *soluti repetitio* ausgesetzt: *quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet* (*Nerat. fr. 41. D. de cond. ind. 12, 6;* dazu *fr. 19. pr. D. eod.; fr. 16. § 4. D. de fidej. 46, 1*).

---

*) s. unten Cursus § 673. **) Vergl. die Excurse zu diesem Kapitel.

2) Die Obligatio ist der Unterstützung von Außen her empfänglich und kann so gewissermaßen indirect klagbar gemacht werden, namentlich durch Bürgschaft, Pfandbestellung, Novation und *constitutum debiti: debitum vel natura sufficit* (*Ulp. fr. 1. § 7. D. de const. pec. 13, 5*) — *ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit* (*Ulp. fr. 14. § 1. D. de pignor. 20, 1*) — *illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria* (*Ulp. fr. 1. § 1. D. de novat. 46, 2*).

3) Unter Umständen kann der Gläubiger gar in die Lage kommen, die Obligatio selbständig und zwangsweise durchzusetzen, nämlich im Wege der Compensation; die Compensabilität ist eine unmittelbare Rechtswirkung der Naturalobligation, in welcher deren Kraft gipfelt; es scheint beinahe *contra aequitatem*, daß der stärkere Gläubiger sich die Aufrechnung der schwächeren Gegenforderung gefallen lassen muß: indeß als man sich gewöhnte, nicht sowohl in der Anerkennung einer solchen unvollkommenen Obligatio, sondern in dem Versagen der vollen Kraft die Anomalie zu finden, ergab sich die Compensabilität als etwas Selbstverständliches: *Etiam quod natura debetur, venit in compensationem* (*Ulp. fr. 6. D. de compens. 16, 2*); demgemäß erfüllt ein Sklave, der an des Herrn Erben eine Summe zahlen soll, um frei zu werden, diese Bedingung durch seine Bereiterklärung, mit seiner (naturalen) Gegenforderung an den *heres* zu compensiren (*Paul. fr. 20. § 2. D. de statu lib. 40, 7*).

Als cessibel scheint dagegen eine Naturalobligation nicht gegolten zu haben.[6]

§ **645**] Abgesehen davon, daß die *locatio conductio* von Paulus (*fr. 1. pr. D. loc. cond. 19, 2*; dazu *fr. 84. § 1. D. de R. J.*) einmal als *naturalis* bezeichnet wird, um ihren Zusammenhang mit dem *jus gentium* auszudrücken,[7] sind von den Naturalobligationen im technischen Sinn der classischen Jurisprudenz folgende Fälle zu unterscheiden: 1) die *obligationes naturales* im älteren oder materiellen Sinn,* d.h. die auf einem Realact (*naturalis acquisitio rei: fr. 53. D. de acq. dom. 41, 1*) beruhenden klagbaren Obligationen im Sinn des *fr. 126. § 2. D. de V. O.* (*45, 1*): *quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum; plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione* (*Paul.*). Die Naturalobligationen im technischen und in diesem materiellen Sinn finden sich in *fr. 10. D. de O. et A.* (*44, 7*) und *fr. 16. § 4. D. de fidej.* (*46, 1*) neben einander gestellt.

2) Gewisse Fälle, wo *propter naturalem aequitatem* oder *pietatem* die *soluti retentio* gestattet wird, ohne daß im Uebrigen die Merkmale und Consequenzen einer eigentlichen Naturalobligation anerkannt wären, z. B. *mulier si in ea opinione sit, ut credat, se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit; sublata enim falsa opinione*

---

*) s. oben Cursus § 641.

relinquitur p*ietatis causa*, *ex qua solutum repeti non potest* (*Jul. fr.* *32. § 2. D. de cond. ind. 12, 6*); „die *pietas* ist (hier) keine *causa* für die Prästirung der *dos*, wohl aber eine *causa* für die Ausschließung der *repetitio* des vollkommen *indebite* Gezahlten.“ [8]

Eine von den Naturalobligationen gänzlich verschiedene Rechtsfigur liegt vor, wenn eine *ipso jure* begründete Obligatio etwa durch *exceptio perpetua* entkräftet ist;* eine solche kraftlose Obligatio steht einer *nulla* gleich und wird daher als *inanis*, *inefficax*, *quasi nulla* bezeichnet (*Pomp. fr. 25. D. de V. O. 45, 1*); sie kann, während eine bloß klaglose Obligatio compensabel ist, in der Regel nicht zur Compensation benutzt werden: *quaecunque per exceptionem perimi possunt*, *in compensationem non veniunt* (*Javol. fr. 14. D. de compens. 16, 2*). Allerdings kann eine *ope exceptionis* entkräftete Obligatio als *naturalis* übrig bleiben, allein regelmäßig ist dies nicht der Fall.[9]

§ 646] III. Für Nebenverträge (*pacta adjecta*) gelten im classischen Recht keine besonderen Regeln; sie zogen ihre Kraft aus dem Hauptvertrag und erfreuten sich nur als integrirende Bestandtheile derselben überhaupt des Schutzes, wofern sie nicht in eine selbständige Stipulation eingekleidet waren. Wirksame Einverleibung in den Hauptcontract war aber nur bei *negotia bonae fidei*, also namentlich bei Consensual- und Realcontracten, dann auch bei *stipulationes bonae fidei* angenommen; sie modificirt den Inhalt des Contractwillens und beeinflußt das Klagrecht: *pacta conventa insunt bonae fidei judiciis; ea pacta insunt, quae legem contractui dant; pactio format ipsam actionem* (*Ulp. fr. 7. § 5. D. de pact. 2, 14*) — *Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae* (*Ulp. fr. 7. D. de reb. cred. 12, 1*).

Als Einverleibung gilt nur die unmittelbar beim Abschluß des Contracts hinzugefügte Verabredung des modificirenden Punktes: *hoc sic accipiendum est, ut, siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt, ex intervallo non inerunt; legem contractui dant, quae in ingressu contractus facta sunt* (*fr. 7. § 5. cit.*).

Nachträgliche Verabredungen können keine klagbaren Momente hinzufügen, sondern höchstens klagbeschränkende Wirkungen zu Gunsten des Schuldners äußern, entsprechend dem Princip des *pactum de non petendo*. *Responsum a Papiniano*, *si post emtionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat*, *ob hanc causam agi ex emto non posse*, *propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur: quod in omnibus bonae fidei judiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum*, *quia solent et ea pacta*, *quae postea interponuntur*, *parere exceptionem* (*fr. 7. § 5. cit.*). Für Consensualcontracte aber nahm schon Pomponius an, daß auch nachträgliche Aenderungen des Klagrechts zulässig seien, so lange noch *res integra*, d. i. von keiner Seite erfüllt ist; und Ulpian billigt das: *etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat, nondum re secuta, nam si potest tota res tolli*,

*) s. oben Cursus § 241. 470. 637.

cur non et reformari, ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur? quod non insubtiliter dici potest (fr. 7. § 6. D. eod.).

Beim Kauf wurde der Verkäufer als der Abfasser der *lex venditionis* gedacht; der Nebenverträge, die dabei vorkamen, werden mannichfache genannt, z. B. *venditor in lege ita dixerat, ut emtor in diebus triginta proximis fundum metiretur et de modo renunciaret (Paul. fr. 40. D. de contr. emt. 18, 1); in lege fundi aquam accessuram dixit (fr. 40. § 1. D. eod.); sub hoc pacto vendidit ancillam, ne prostituatur, et si contra factum esset, uti liceret ei abducere (Paul. fr. 56. D. eod.); cum fundum venderes, in lege dixisti, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emtori accessurum esse (Procul. fr. 68. D. eod.).*[10]

Literatur: 1) v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 171. Schwanert d. Naturalobligationen d. R. R. (Gött. 1861) S. 218. — Ueber das Institut d. Naturaloblig. überhaupt: Francke Civilist. Abhandlgn. (Gött. 1826) S. 66 ff. Büchel Civilr. Erörter. I. Abthlg. 2. u. II. Abthlg. 1. v. d. Pfordten Civilist. Abhdlgn. (Erlgn. 1840) S. 113—215. Holtius Abhdlgn. civilist. Inhalts, übers. v. Sutro (Utrecht 1852) Abh. I. v. Savigny Obl.-R. I. S. 22 ff. Brinz Krit. Blätter No. 2. (Münch. 1852) S. 12 ff. — 2) Schwanert S. 411. — 3) Ders. S. 253. — 4) Ders. S. 309. — 5) Ders. S. 319—328. — 6) Ders. S. 178. — 7) Ders. S. 75—82. — 8) Ders. S. 120. — 9) Ders. S. 219. — 10) Ueber die *leges locationis* bei *Cato de re rustica* s. Bekker in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. III. (1864) S. 418 ff. Ueber formloses Zinsversprechen (*pactum usurarium*) s. Girtanner d. Stipulation (Kiel 1859) S. 414. u. Schwanert S. 139—152.

Zweiter Titel.

Die einzelnen Schuldarten.

XXXIV. Kapitel.

I. Die Vertragsobligationen.

A. Die Urbildungen.

(*Sponsio. Nexum.*)

§ 647] I. Der Verkehrszweck in einfachen bäuerlichen Culturverhältnissen erfüllt sich meistens durch Geschäfte Zug um Zug; erst im städtischen Verkehr entwickelt sich mit dem Aufblühen des Geldwesens eine raschere Umsatzbewegung und eine solche, die nicht mehr ohne Begründung von Obligationen auskommt.

Für den Landmann ist ein Rechtsact eine umständliche und feierliche Angelegenheit, und alles Feierliche bedarf in der Zeit des *Fas* sacraler Weihe: der Mensch wird verbunden nur durch Verbindung mit der Gottheit, welche das Recht wahrt und den Rechtsbruch rächt. Alles das enthält die altnationale Sponsio, welche, wie es scheint,

noch von den XII Tafeln in ihrer ursprünglichen Art und Bedeutung vorausgesetzt und anerkannt war.* Von einem besonderen Ausdruck, welchen der Inhalt des Geschäfts fände, ist hier nicht die Rede, lediglich der Gedanke des Sacralen regiert den Act; es ist eine *interpositio rerum divinarum* (*Fest. v. spondere*), und dieser Gedanke bindet den Willen; der profane Zweck ist gleichgültig, alles Recht ist noch in der Religion gebunden und verborgen. Aber den Gedanken abstracter Bindung, einen Gedanken von enormer Tragweite, entlehnt dann von der Religion das Recht.

Erst wenn *res mancipi*, nicht vertretbare Sachen, vor Allem Geld, eine Rolle spielen,** kann sich der Gedanke der Obligirung eine breitere Verkehrsbahn machen. Wo es sich um solche Vermögensstücke handelt, die nur in Massen Werth für's Ganze haben, erscheint sacraler Ritus umsoweniger mehr indicirt, da die umständliche Oeffentlichkeit sich schlecht mit der zunehmenden Häufigkeit der Geschäfte verträgt, diese aber in der Stadt mit dem Wachsthum der Einwohnerschaft Schritt zu halten pflegt. So tritt ein andrer Geschäftstypus, das *Nexum*, hervor, welches zugleich profan und privat ist; ihm gibt das Geld, dieses neue Verkehrsmoment, die Signatur, und indem das rollirende Geld sich als rechtsgeschäftliches Moment dabei geltend macht, kehrt sich die Idee des Kaufs, d. h. des Waaren-Umsatzes gegen Geld, heraus. Damit ist aber der erste Ansatz zur Entwicklung specieller Arten von Obligationen gegeben; noch ist der Kauf der einzige Contract, welcher private Obligationen erzeugt: so liegt in ihm die Idee der abstracten und discreten Obligation, oder des Formal- und Materialvertrags noch indifferenzirt vor, aber die Differenz kündigt sich im Gegensatz zu dem Sacralritus bereits erkennbar an.

§ **648**] *Sponsio* und *Nexum* tragen den Stempel hohen Alterthums durch die breite Entfaltung des sinnlichen Apparats. Altar (*ara*) und Geldwage (*libra*) sind die Punkte, um welche das naive Behagen dramatischer Action dort und hier spielt. Aber das eine ist sacrale, das andere profane Solennität; das eine ein öffentlicher, das andere ein privater Act; dort Zusammenkunft (*conventio*) der Parteien vor der Gottheit und dem Pontifex, hier *inter quinque amicos* mit dem *libripens*. Die *ara Herculis* stand außerhalb der eigentlichen Stadt (auf dem *forum boarium*), und Hercules ward namentlich als ländlicher Gott (neben Faunus und Silvanus) verehrt: das deutet auf einen außerstädtischen Schwerpunkt und uralte Anlage, auch die Märkte wurden außer den Mauern abgehalten (Liv. 1, 30);† aber die *libra* war (wie später die *codices accepti et expensi*) in jedes ordentlichen Bürgers Hause: so konnte das profane Geschäft *inter parietes* vorgenommen werden und auf diese Weise mit Leichtigkeit der rascher werdenden Strömung des städtischen Verkehrs folgen. Das *Nexum* war auf Geldverbindlichkeiten zugeschnitten, die *Sponsio* konnte auch auf andere Stoffe angewendet wer-

---

*) s. oben Cursus § 127. **) s. Excurse S. 85 ff. †) s. Excurse S. 38.

den, denn sie war unbedingt abstracter Tendenz: doch mag, seitdem es Geld gab, dieses auch vornehmlicher Sponsionsgegenstand gewesen seyn, wie aus den Strafsponsionen und Judicialstipulationen der späteren Zeit rückwärts zu schließen seyn dürfte, und aus Varro (*de lingua lat. 6, 69—73*) sich zu ergeben scheint: *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa.*

Wie der Eintritt der Plebs in den Organismus des Staatswesens eine neue Stufe politischer Entwicklung bezeichnet, und seitdem ein neuer Aufschwung im Römischen Leben genommen wird, aber noch lange beide Gesellschaftselemente als selbständige Körper dualistisch fortbestehen und fortwirken: so ist mit dem *Nexum* die von der Religion entbundene Rechtsidee des Güterverkehrs hervorgetreten, aber lange erfüllen *Nexum* und *Sponsio* den großentheils gemeinsamen Verkehrszweck neben einander. Die *Sponsio* stimmt in ihrer ganzen Anlage mit den sacralen Fundamenten des Patriciats,[1] das *Nexum* mit der zur Entfesselung des *commercium* und *conubium* drängenden Plebs.*

§ **649**] II. Die Obligirungsformen des ältesten Rechts sind hiernach: 1) die *Sponsio* (*σπένδειν, libare;* Trankopfer?) war ein sacraler Ritus zum Behuf einer Verpflichtung des Handelnden; wo solche Verpflichtung einen Vermögenserfolg in sich schloß, war die Beziehung auf den Gott Hercules gegeben, den Wahrer des Rechts und Schützer des Erwerbs;[2] die Rolle, welche bei Staatsverträgen die *ara Jovis* spielte (*Liv. 9, 5; 21, 45; 22, 53*), hatte hier die *ara maxima Herculis* (*Dion. 1, 40*).[3] *Apud antiquos non solum publice, sed etiam privatim nihil gerebatur, nisi auspicio prius sumto* (*Val. Max. 2, 1. § 1*) — *Sacramentum est pignus sponsionis* (*Isidor. Orig. 5, 24*). Die Feierlichkeit — „ein mit einem Fluche verbundenes Gebet"[4] — verlangte einen Schwur unter Berührung des Altars (*aram tangere*); sie machte den Gott zum Zeugen und enthielt dazu eine Verwünschung für den Fall des Eidbruchs (*adversorum precatio; deprecatio s. exsecratio*). Noch von Trajan wird berichtet: *consul sedens praebuit jusjurandum, et ille* (*sc. Trajanus*) *juravit, expressit explanavitque verba, quibus caput suum, domum suam, si scienter fefellisset, deorum irae consecraret* (*Plin. Paneg. c. 64*); so war das Contrahiren ein Gelöbniß und ein *detestatione se obstringere*, und die Verbindlichkeit ein *religionis vinculum*. Der wortbrüchige Schuldner verfiel nicht dem Gläubiger, aber der Gottheit.

§ **650**] 2) Das *Nexum*[6] unterwarf den Schuldner dem Gläubiger selbst, und dem entsprach der rechtliche Organismus des Geschäfts, indem der Gläubiger die Initiative hatte und die entscheidenden Worte sprach; er bemächtigte sich gleichsam des Schuldners und unterwarf ihn seiner Botmäßigkeit, ja diesem stand die Privatgefangenschaft in Aussicht. Die ökonomische Hülfsbedürftigkeit fand im An- oder Darlehn ihren Ausdruck, aber die rechtliche Form des Geschäfts war durch die den profanen Verkehr beherrschende Idee des Kaufs gege-

*) Vergl. oben Cursus § 92 u. Excurse S. 80. 83. 91.

ben: die Darlehnssumme bildete den Kaufpreis, um welchen der Empfangende dem Gebenden sich verstrickte, seine Person gleichsam zum Unterpfand einsetzend.* Aus der Verwandtschaft mit dem Damnationslegat** ist zu schließen,[7] daß der Gläubiger mit den Worten *damnas esto* den Schuldner sich verband (*Gai. 3, 173*); die XII Tafeln gestatteten, in der *nuncupatio* Modalitäten anzubringen, etwa einen Zahlungstermin festzustellen und sonst dem Schuldner gewisse Befugnisse zu sichern: *cum nexum faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* (*Fest. v. nuncupata* und *Cic. de offic. 3, 16*). In der Hauptsache aber war die Wirkung, daß *corpus debitoris obnoxium* wurde, und der Schuldherr vom Schuldner Dienste zur Abarbeitung der Schuld fordern, ihn im Gefängniß halten, endlich als Sklaven verkaufen konnte: denn der energische Rechtssinn gibt, wenn er einmal die Macht gibt, sie ganz und ungetheilt.†

Varro (*de lingua lat. 7, 5. § 105*) berichtet, daß von älteren Juristen das Wort *Nexum* in einem weiteren und einem engeren Sinn gebraucht worden sei: *Nexum Manilius scribit omne, quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant, ut obligemur, praeter quum mancipio detur. Hoc verius esse.* Durch Mucius Scaevola, der überhaupt so viel zur Abklärung der Begriffe beitrug, wurde also festgestellt, daß das *Nexum* nicht das *Mancipium* (die *mancipatio*) in sich begreife, sondern das *obligari per aes et libram* bedeute, und in diesem Sinn sagt Varro (*de lingua lat. 6, 5. § 105*) selbst: *Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia, quam debebat, dederat, dum solveret, nexus vocatur;* der Antiquar nennt hier statt des *corpus debitoris* die *operae*, nicht den rechtlichen Karakter, sondern die praktische Gestaltung, wie sie wohl schon in alter Zeit die Regel bilden mochte, vor Augen habend.

Dem *nexum facere* entsprach der *contrarius actus* des *per aes et libram liberare*, welcher als *species imaginariae solutionis* noch zu Gaius' Zeit in Anwendung auf das Damnationslegat und das *debitum ex causa judicati* vorkam. *Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: Quod ego tibi tot milibus eo nomine [sum damnas, eos tibi nummos] solvo libroque hoc aere aeneaque libra; hanc tibi libram primam postremam [que secundum legem publicam ferio, dare] lege jure obligatus; deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est.* (*Gai. 3, 174*).

§ **651**] III. Die Verkümmerung der alten Obligirungsformen mußte in der Zeit nach den XII Tafeln allmählich eintreten, als die religiösen Traditionen schwanden und von den profanen Verkehrselementen überwuchert wurden, als die ernste Feierlichkeit zum Unbeque-

---

*) s. den Excurs zu diesem Kapitel. **) s. unten Cursus Kap. 59 (des II. Theils).
†) s. Excurse S. 113. 129—133. Cursus § 144. 145.

men und Lächerlichen herabsank, und die alte Rücksichtslosigkeit inhuman erschien. Dem allgemeinen Drange erlagen auch *Sponsio* und *Nexum*.

Die *Sponsio* streifte den Exsecrationsritus ab und setzte sich in einen ganz neuen Organismus um. Als profaner Act verpflichtete sie den Spondenten nicht mehr der Gottheit, sondern dem Gläubiger, und dieser war es nun, welcher die entscheidenden Worte zu sprechen hatte: die *Sponsio* näherte sich insofern dem *Nexum*. Entweder geschah sie nun vor dem Prätor (*in jure confessio*, *stipulatio et restipulatio*), oder privatim, und hier scheint an die Stelle des *aram tangere* das *dextram promittere* (der Handschlag) getreten zu seyn,[8] anfangs als ein Versprechen bei dem *numen Fidei* gedacht, dann aber völlig profanisirt und nun technisch nicht mehr *promissio*, sondern *stipulatio* genannt, entsprechend dem Vorwalten des Gläubigers, welcher ein Recht erwirbt.[9] Noch Livius (*23, 9*) läßt den Calavius sagen: *dextrae dextras jungentes fidem obstrinximus, ut sacratas fide manus, digressi ab colloquio, extemplo in eum armaremus?* und verbindet (*29, 24*): *fas, fidem, dextras, deos testes atque arbitros conventorum fallere*, und (*40, 46*): *dextras fidemque dare*. Die *fides*, d. h. die Gewissenhaftigkeit und Loyalität ohne *exsecratio*, gab jetzt dem Versprechen seinen Halt, daher Papinian sagt: *fidem suam obligare* (*fr. 27. § 2. D. ad Sct. Vellej. 16, 1*), und wer sich darauf verließ, von dem konnte es heißen: *alienam fidem secutus est* (*Ulp. fr. 1. D. de reb. cred. 12, 1*). Die *sponsio* ist nun völlig in den profanen Privatact der *stipulatio* übergegangen, und als einziger Rest des sacralen Ursprungs geblieben, daß die Stipulation unter Römern noch immer mit dem Sponsionswort contrahirt werden konnte. Diese Stipulation aber, die in alle Verkehrsverhältnisse leichten Eingang fand, bildete die ganz natürliche Brücke zur Ausbildung der Consensualcontracte; lange mag an deren Stelle eine wechselseitige Stipulation eingegangen worden seyn,[10] aber wie schon in der Stipulation das innere freie Consensmoment mehr hervorgetreten war, so konnte dann der letzte Schritt nicht schwer fallen, das *id quod actum est* und den *nudus consensus* völlig zu emancipiren.

§ **652**] Das *Nexum* entkleidete sich in parallelem Entwicklungsgange seiner alterthümlichen Strenge, indem dem Schuldherrn das Recht der Personalcaptur entzogen und aus der Gewalt über die Person eine Gewalt über die *bona debitoris* wurde, so daß Festus vom *Nexum* sagen konnte: *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur;* dies geschah durch die *lex Poetelia* am Ende des 4. Jahrh. v. Chr. (a. 313?), etwa zu derselben Zeit, als die *Sponsio* in die *promissio* und *stipulatio* überging. Das *Nexum* war hiermit nicht aufgehoben, es hatte nur seine besondere personelle Wirksamkeit, die Rauhheit der *addictio debitoris*, verloren;* ja gerade darum könnte es jetzt eine breitere Anwendung und Ausdehnung auf andere

*) s. Excurse S. 132. Cursus § 147. 263. 264.

Fälle, wie auf das Damnationslegat, überhaupt auf solche Geschäfte, die nicht ein Darlehn enthielten, gefunden haben. Ausdruck dieser Erweiterung war, daß das *Nexum* auch als *imaginaria venditio* zugelassen ward, wobei der *nummus unus* die abstracte Obligation vertrat.

Allein in Concurrenz mit dem nun auch privaten Acte der Sponsion oder Stipulation, die ein einfacher Verbalact war, konnte sich das schwerfällige und seiner Hauptkraft beraubte Nexum unmöglich halten; es veraltete und kam außer Gebrauch. Wir erfahren nicht, wann und wie? aber schwerlich hat es einen leeren Raum hinterlassen, vielmehr scheint es der *expensilatio* Platz gemacht zu haben, welche durch ihre ganze Organisation an das Nexum erinnert.[11] Die *tabula* trat an die Stelle der *libra*, aber wie ehemals in der *nuncupatio*, so hatte noch jetzt der Gläubiger die Hauptthätigkeit in der *scriptura;* die dramatische Action war in einen einfachen Literalact übergegangen, und dieser ließ auch ein *contrahere inter absentes* zu. Die schwache Seite der Stipulation war gerade die, daß sie Präsenz der Contrahenten verlangte: so ist es erklärlich, daß ein Vertrag, welcher diese Lücke im Verkehr auszufüllen vermochte, das Nexum im Verkehr abzulösen begann: das war die *expensilatio*, und die Zeit, in welcher diese Entwicklung vor sich ging, dürfte eben mit der Periode zusammenfallen, in welcher der in größere Entfernungen hinausweisende Verkehr Rom's mit Unteritalien aufblühte. Derselbe Appius Claudius, welcher vielleicht die Sponsionsprofanisirung vollendete* und die *via Appia* nach Campanien baute, mag auch der *expensilatio* Bahn gemacht haben. Es könnte eine Erinnerung an diese geschichtliche Schwesterschaft seyn, daß *acceptilatio* zu einem beiden Rechtsgeschäften gemeinsamen Ausdruck wurde.

Aber neben der Anknüpfung der *expensilatio* an das Nexum haben wir auch an das *mutuum* und das *pactum fiduciae* zu denken. Wie aus dem Schoße der sacralen Sponsio die *stipulatio* und dann die Consensualcontracte hervorgingen, so haben wir auf den Trümmern des Nexum nicht bloß das Wachsthum der *expensilatio*, sondern auch die ersten Anfänge des *mutuum* und weiterhin auch die der anderen freien Realcontracte zu suchen. Das ganze System der Römischen Civilcontracte, so knapp und durchsichtig gebildet, ist aus einem einzigen Paar: *Sponsio* und *Nexum*, hervorgegangen und hat eben aus dieser geschlossenen Genesis jene Tugenden zur Mitgift empfangen.

Literatur: 1) Danz d. sacrale Schutz im Röm. Rechtsverkehr (Jena 1857) S. 111. 138. Anm. 12. S. 233. — 2) Hartung d. Religion d. Römer II. S. 23 ff. Huschke d. Nexum S. 102. Preller Röm. Mythologie (Berl. 1858) S. 644—7. — 3) Huschke d. Verfassung d. Servius Tullius S. 133. 603., d. Nexum S. 101. — 4) von Lassaulx d. Eid bei den Römern (Würzb. 1844) S. 1. — 5) Danz d. sacr. Schutz S. 15. 33. 45. 113. 148. Ihering Geist d. R. R. I. (2. Aufl.) § 18a. S. 303. Abweichend Girtanner d. Stipulation u. ihr Verhältniß zum Wesen d. Vertragsobligation insbesondere zum Creditum (Kiel 1859) S. 14—81. — 6) Vergl. überhaupt v. Savigny Ueber d. altröm. Schuldrecht (1834), in d. verm. Schriften II. S. 396 ff. v. Scheurl Vom Nexum: Ein Beitrag z. Gesch. d. R. R. (Erlgn. 1839).

*) s. Excurse zu diesem Kap. Dazu Excurse S. 100. 135.

C. Sell *de juris Romani nexu et mancipio* (Brunsw. 1840). Van Heusde *De lege Poetelia Papiria* (*Traj. ad Rhen. 1842*). Bachofen d. Nexum, die Nexi u. die *lex Petillia* (Bas. 1843). Danz Lehrb. d. Gesch. d. Röm. R. II. § 160. Huschke Ueb. d. Recht d. Nexum u. das alte Röm. Schuldrecht (Leipz. 1846). Puchta Lehrb. für Institutionen-Vorlesungen (Münch. 1829) S. XXVIII—XL. u. Rudorff in Puchta's Cursus d. Institut. III. § 269. Anm. q—ll. —*7) Danz Gesch. d. R. R. II. S. 96 ff. — 8) Huschke Serv. Tullius S. 603. Anm. 37. Ders. Gaius S. 73. Danz d. sacr. Schutz S. 135. 244. — 9) Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren § 80. S. 340 ff. und Arch. f. Wechselr. u. Handelsr. VIII. S. 405. Girtanner d. Stipulation S. 103. — 10) Dernburg Compensation S. 55. Bekker i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. III. S. 441. — 11) Kuntze i. Schletter's Jahrbb. V (1859) S. 214—217.

XXXV. Kapitel.

B. Die Ausbildung des Systems der Contractsobligationen.

1. Obligationen aus Verbalcontract.

(Stipulatio.)

§ **653**] I. Das Allgemeine. Der einzige Contract, welcher dazu organisirt war, sich fast über die ganze Fläche des Römischen Verkehrs zu erstrecken, war die *stipulatio*,[1] der herrschende Verbalcontract in der Zeit der classischen Jurisprudenz;* die Grenze ihres Anwendungsgebiets bildete das Geschäft *inter absentes*, welchem die *stipulatio* nicht zugänglich seyn konnte, so lange ihr Princip der mündlichen Feierlichkeit rein erhalten wurde.

Sie besteht in mündlicher Frage dessen, der berechtigt — (*stipulator, reus stipulandi*), und congruenter mündlicher Antwort dessen, der verpflichtet werden soll (*promissor, reus promittendi*): *stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondit* (*Paul. Sent. rec. 2, 3. § 1*). Diese Gliederung der Solennität in Frage und Antwort blieb bis auf Kaiser Leo unbedingtes Erforderniß.

Beide Contrahenten also müssen reden, *stipulatio non potest confici nisi utroque loquente* (*Ulp. fr. 1. pr. D. de V. O. 45, 1*); *non in ea causa est, ut obligetur, si sine verbis adnuisset, nec naturaliter obligatur* (*fr. 1. § 2. D. cit.*). Ihre Rede aber ist ein Austausch von Worten, die von Jedem an den Anderen gerichtet werden, daher 1) müssen sie sich auch gegenseitig vernehmen, *et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt, nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent* (*fr. cit.*), und 2) es darf nicht die Einheit der zusammengehörigen Rede wesentlich gestört seyn: *Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet, ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit* (*Venul. fr. 137. pr. D. eod.*). *Qui praesens interrogavit, si, antequam sibi responderetur, discessit, inutilem efficit stipulationem; sin vero praesens interrogaverit, mox discessit, et reverso responsum est: obligat; intervallum enim modicum non vitiavit obligationem* (*fr. 1. § 1. D. cit.*).

---

*) Ueber *dotis dictio* und *jurata operarum promissio* s. oben § 623.

§ 654] Eine besonders feierliche oder irgendwie umständliche Redeform ist nicht erforderlich; *Promittisne mihi dare centum aureos? Promitto!* Es genügt ein kurzes *Spondes? Promittis? Dabis? Facies?* (*Gai. 3, 92*) mit darauffolgendem *Spondeo! Dabo!* ja selbst ein *Quidni?* ist ausreichend (*fr. 1. § 2. D. cit.*). Unter Römern war die Wendung gleichgültig, und das Wort *Spondere* zeichnete sich nur dadurch aus, daß es noch zu Gaius' Zeit als ausschließlich den Röm. Bürgern zugängliche Form galt (was aber von Ulpian und Justinian nicht mehr erwähnt wird: *§ 1. J. de V. O. 3, 15*). — Auf die gewählte Sprache kommt nichts an, und es können selbst Frage und Antwort in verschiedenen Sprachen geschehen; zwar scheint erst nur das Griechische, die andere Hauptsprache im Reich, allein in der Zeit nach Sabinus[2] auch jede andere Sprache zugelassen worden zu seyn, z. B. Punisch, Assyrisch; *ita tamen, ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se, sive per verum interpretem* (*fr. 1. § 6. D. ut.*).

Das Risico der Formulirung trägt billiger Weise der Gläubiger, welchem ja die Initiative zukommt: *in stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt* (*Ulp. fr. 38. § 18. D. de V. O. 45, 1*); der Schuldner schlägt mit seiner Antwort gleichsam nur ein in die Contractsworte des Anderen, das eine Schlußwort bringt den flüssigen Willen zum gemeinsamen Stehen und den Contract zu Stande: aller Zweifel muß vor diesem deutlichen Schlußpunkt schweigen; er schließt nicht nur ab, sondern bringt auch den Abschluß zum deutlichen Bewußtseyn, gleich einem Draufgeld* (*quod arrhae nomine datur, argumentum est emtionis contractae: pr. J. de emt. 3, 23; fr. 35. pr. D. de contr. emt. 18, 1*). Diese Einfachheit der Form, verbunden mit der Zweckmäßigkeit eines prägnanten Ausdrucks für die Ernstlichkeit und Reife des Contrahirungsentschlusses, befähigte die *Stipulatio* so vorzüglich zu der populären Geltung, welche sie nicht bloß unter den Römern Jahrhunderte lang behauptete,** sondern auch unter den Peregrinen im Reiche erlangte. Stipulationen *inter absentes* indirect zu ermöglichen, dazu bot der Sklavenstand ein ziemlich bequemes Mittel dar: *si quis absens vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret* (*servus*) *ei ex stipulatu actionem; item si quis obligari velit, jubeat, et erit quod jussu actio* (*Ulp. fr. 1. pr. D. eod.*).

§ 655] Die Stipulation hat bis auf die letzte Zeit des classischen Rechts zwei Stufen freierer Anwendung erstiegen, indem sie in den Bereich der *bona fides* gerückt und dann auch mit dem Urkundengebrauch verbunden wurde.†

1) Ursprünglich war die *bona fides* der Stipulatio fremd; zwar fundirte diese auf der *fides*, allein das freie Ermessen und der Hinweis auf *id quod actum est* schien der strengen Natur dieser Obligirung zu wider-

---

*) s. Excurse zu Kap. 38. No. III. **) Ueber die Anwendung *in jure* s. oben Cursus § 218.
†) s. oben Cursus § 332.

streben, die Stipulation begründete eine streng einseitige Verbindlichkeit, und die daraus entspringende Klage war die *condictio certi ex stipulatu* (*fr. 24. D. de reb. cred. 12, 1*). *In his contractibus* (*consensu*) *alter alteri obligatur eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat* (*Gai. 3, 137*) — *tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio* (*Paul. fr. 7. D. de neg. gest. 3, 5*). Allein als die Stipulation dem Peregrinenverkehr erschlossen ward, mußte die freie Intention der Contrahenten, die *voluntas viri boni*, das *arbitrium boni judicis* maßgebend werden. Noch Labeo hatte die *stipulatio* auf das eigentliche *dare* (*certum*) beschränkt wissen wollen, indem er die *stipulationes faciendi* durch *poenae stipulatio* zu stützen für *usitatius* und *elegantius* erklärte (*fr. 137. § 7. D. de V. O. 45, 1*); zuerst Celsus scheint unbedingt eine *stipulatio incerti* ohne Conventionalstrafe für klagbar erachtet zu haben (*fr. 81. pr. D. eod.*); die Klage aus einer solchen hieß, da sie — anders als die *condictio certi* — eine den Geschäftsgrund individualisirende Demonstratio* erhalten mußte, *actio incerti ex stipulatu* (*fr. 4. D. de usur. 22, 1; pr. J. de V. O. 3, 15*). Es wurde auch — vielleicht nach dem Vorgange des Prätor, welcher den im Edict vorgeschriebenen Stipulationen die *clausula doli* einrückte — statthaft, diese Clausel im Geschäftsleben anzuwenden (*stipulatio interposita et subjecta doli clausula: Scaev. fr. 135. § 4. D. de V. O. 45, 1*), und schon Labeo erkannte sie an (*fr. 4. § 15. D. de doli exc. 44, 4*); die ausführliche Form lautete: *dolum malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse* (*Pap. fr. 121. pr. D. de V. O. 45, 1;* dazu *fr. 69. D. de V. S.*), gewöhnlich aber wurde sie kurz mit *ex fide bona* oder *recte* (*dari fieri*) ausgedrückt, „*recte*" *enim verbum pro viri boni arbitrio est* (*Ulp. fr. 73. D. eod.; fr. 122. § 1. D. de V. O. 45, 1; fr. 40. D. de reb. cred. 12, 1; lex Rubr. c. 20.*).

Diese *stipulatio bonae fidei* konnte den verschiedenartigsten und individuellsten Vertragsverhältnissen sich auf's Leichteste accomodiren: so ward die *interpositio stipulationis* bei allen möglichen Contracten allgemeine Sitte; *stipulationes commodissimum est ita componere, ut quaecunque specialiter comprehendi possint, contineantur, doli autem clausula ad ea pertineat, quae in praesentia occurrere non possint et ad incertos casus pertinent* (*Jul. fr. 53. D. de V. O. 45, 1; fr. 119. eod.*), und es war nun im weitesten Sinn wahr, was Paulus (*Sent. rec. 5, 7. § 1*) vom Stipulationszweck sagt: *obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solennitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur.* Einer *stipulatio bonae fidei* konnten nun auch Nebenverträge** einverleibt werden (z. B. *fr. 40. D. de reb. cred. 12, 1*), und selbst gegenseitige Obligationen ließen sich ohne Beeinträchtigung der Interessen stipulationsweise formuliren, nämlich in zwei *stipulationes bonae fidei* auflösen.[3]

*) s. oben Cursus § 230. 236. **) s. oben Cursus § 646.

§ 656] 2) Wenn Urkunden (*tabulae: fr. 27. D. de furt. 47, 2*) über den Contract aufgenommen wurden, fand natürlich gern auch die Stipulationsclausel darin Platz (*instrumento stipulatio interposita: Callistr. fr. 48. D. solv. matr. 24, 3*), und die Urkunde konnte im Proceß als Beweismittel der geschehenen Stipulation dienen. Die Sitte der Urkundlichkeit aber ward immer allgemeiner begünstigt durch die alte hellenistische Geschäftspraxis; *quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri „Rogavit Titius, spopondit Maevius": haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis* (*Ulp. fr. 7. § 12. D. de pact. 2, 14*). Römische Bürger ließen statt ihrer einen Sklaven oder Unterhändler unter- oder einschreiben (*l. 14. C. de contr. stip. 8, 38; Senec. de benef. 2, 23*): *solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi* (*Ulp. fr. 5. § 4. D. de admin. tutor. 26, 8*). Für die Urkunden nach griechischer Sitte wurde der griechische Ausdruck *chirographum* angenommen (z. B. *Mod.* in *fr. 41. § 2. D. de usur. 22, 1* und *fr. 24. D. de prob. 22, 3*), für Stipulationsurkunden aber das Wort *cautio* vorgezogen (*literis cavere: Paul. fr. 134. § 2. D. de V. O. 45, 1*), wie denn von jeher die mündlichen prätorischen Stipulationen immer mit *cavere* oder *cautionem interponere* bezeichnet worden waren; so bezeichneten *cautiones et chirographa* (*Paul. Sent. rec. 5, 25. § 5*) die Urkunden mit und ohne Stipulationsclausel.

Bei der Häufigkeit urkundlicher Abfassung,[4] welche natürlich immer den Schluß der Verhandlung bildete und einen festeren Halt der Verpflichtung ergab, als selbst die solenne *verborum figura*, mußte zuletzt die Frage entstehen. ob, wenn die Urkunde in Gegenwart der Parteien aufgesetzt wurde, dann noch die in der Urkunde genannte Stipulation wirklich gesprochen worden seyn müsse: denn die Mündlichkeit konnte solchenfalls als leere Förmlichkeit erscheinen, wie eine solche dem Geiste dieser Zeit durchaus nicht mehr entsprach. Zuerst Paulus scheint demgemäß den Satz aufgestellt zu haben, daß die Urkunde die Mündlichkeit ersetze: *Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur; quodsi scriptum fuerit instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit* (*Sent. rec. 5, 7. § 2*) — *non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literae, obligamur: quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur* (*Paul. fr. 38. D. de O. et A. 44, 7;* dazu derselbe in *fr. 134. § 2. D. de V. O. 45, 1*). Offenbar hat auch Ulpian diesen Satz gebilligt: *sciendum est generaliter, quodsi quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solenniter acta* (*fr. 30. D. eod.;* nicht entgegen: *fr. 7. § 12. D. de pact. 2, 14*), denn diese Worte können unmöglich bloß eine triviale Beweisregel bedeuten. Wir ersehen zugleich aus dieser Stelle, daß der zu Verpflichtende als der Schreibende zu denken ist: ganz sachgemäß, denn wie bei mündlicher Stipulation der Schuldner das entscheidende Schlußwort hat, muß derselbe bei schriftlichen Cautionen den abschließenden Scripturact vornehmen. Bestätigt wird dies durch eine

Codexstelle: *licet epistolae, quam libello inseruisti, additum non sit, stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est, praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam (a. 201: l. 1. C. de contr. stip. 8, 38)*; hier wird sogar die Erwähnung der Worte des Gläubigers für überflüssig erklärt, und wir sehen daraus, daß von Sept. Severus die Ansicht seiner beiden Räthe Paulus und Ulpian sanctionirt wurde.[5] So war mit der Stipulationsfiction der Uebergang gebahnt zur völligen Herrschaft des Scripturprincips und zu der Sitte, daß nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner das Hauptmoment der Handlung zu verwirklichen habe; allein der Rahmen der Stipulation ward doch insofern noch gewahrt, als Präsenz der Contrahenten erforderlich blieb: auch die *epistolae* mit Stipulationsclausel (z. B. *fr. 57. D. de don. i. V. et U. 24, 1; fr. 27. 32. D. de donat. 39, 5; fr. Vatic. § 263. 281*) sind als *epistolae inter praesentes* zu verstehen.[6]

§ 657] II. Einzelne Anwendungen. 1. *Poenae stipulatio.* Die Stipulation wurde auch nach Ausbildung der Consensualcontractstheorie noch oft dem Abschlusse eines Kaufs (*Pomp. fr. 3. § 1. D. de act. emti 19, 1*) oder Pachts (*Paul. fr. 58. pr. D. de fidej. 46, 1*) beigefügt; selbst beim *mutuum*, das eine strenge Klage erzeugte, kam sie vor, (*fr. 2. D. quando ex facto tutoris 26, 9; fr. 7. D. de novat. 46, 2; fr. 126. § 2. D. de V. O. 45, 1*), und man betrachtete dann die *verborum obligatio* als den überwiegenden Factor. Bei wichtigen Käufen pflegte der Evictionsanspruch durch die s. g. *duplae stipulatio* festgestellt zu werden (*fr. 37. D. de evict. et duplae stip. 21, 2*).

Einem selbständigen Zweck aber dienten so beigefügte Stipulationen, wenn sie für den Fall der Contractwidrigkeit eine Conventionalstrafe festsetzten (*stipulatio poenae*)[7]: eine Sitte, welche seit den Zeiten, wo viele Geschäftsintentionen überhaupt nur durch eine solche accessorische Strafstipulation klagbar gemacht werden konnten, sich lebendig erhalten hatte. Wechselseitige Stipulationen dieser Art beim Pacht, sowie bei einer Societät zweier Docenten der Philologie werden von Paulus angeführt (*fr. 54. § 1. D. locati 19, 2; fr. 71. pr. D. pro socio 17, 2*), desgleichen bei einer vergleichsweisen Erbtheilung unter zwei Brüdern von Scaevola (*fr. 122. § 6. D. de V. O. 45, 1*). Ueberhaupt waren solche Strafstipulationen das Mittel, formlosen Verabredungen aller Art Verbindlichkeit zu geben: *omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit* (*Paul. Sent. rec. 2, 22. § 2*): so konnte das Compromiß auf gutachtlichen Entscheid*, das bis auf Justinian klaglos war, nur durch gegenseitige Strafstipulationen rechtsverbindlich werden, woher der Ausdruck *com-promissum* rührte (*fr. 2. 11. § 2. fr. 13. pr. D. de receptis 4, 8*). Selbst bei Stipulationsverträgen erschien eine solche Beifügung rathsam, wenn jene auf ein *incertum* gingen: *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si id stipulemur, fieri aliquid, vel non fieri; et in hujusmodi stipulationibus optimum erit,*

*) s. unten Cursus § 707.

poenam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori, probare quid ejus intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici poena debet: „si ita factum non erit, tunc poenae nomine X aureos dare spondes?" sed si, quaedam fieri, quaedam non fieri, una eademque conceptione stipuletur, clausula erit hujusmodi adjicienda: „si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine X aureos dare spondes?" (*§ 7. J. de V. O. 3, 15*).

§ **658**] 2. *Novatio per stipulationem* (s. g. privative Stipulation). Novation konnte sowohl *literis*,* als *verbis* bewirkt werden;[8] zur Zeit des Papinian und Ulpian wurde fast nur noch die Stipulation dazu gebraucht, sei es daß ein neues Obligationssubject (der Gläubiger, Schuldner durch Delegation, Expromission)** eintreten sollte, oder nur unter den bisherigen Parteien Schulderneuerung beabsichtigt war.

Eine interessante Anwendung dieser Novationstipulation war die durch den Juristen Aquilius Gallus† erfundene oder doch in Uebung gebrachte und nach ihm benannte *stipulatio Aquiliana*, d. h. die Zusammenfassung und Umwandlung mehrer, sei es verbaler oder anderer, Schuldverhältnisse in eine einzige Gesammtobligation zu dem besonderen Zwecke, bei umfassenden Geschäftsabwicklungen und Generalvergleichen Alles auf ein Mal durch eine einzige Schluß-Acceptilation erledigen zu können. Die Formel, durch Florentin überliefert, lautete: [a) Novation:] *Quidquid te mihi ex quacunque re dare facere oportet, oportebit, praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio†† est eritve, quodve tu meum habes, tenes, possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus es Aul. Agerius, spopondit Num. Negidius.* [b) Acceptilation:] *Quod Num. Negidius A. Agerio promisit, spopondit, id haberetne a se acceptum, N. Negidius A. Agerium rogavit, A. Agerius N. Negidio acceptum fecit* (*fr. 18. D. de acceptil. 46, 4* und fast gleichlautend *§ 2. J. qu. mod. obl. toll. 3, 29*).

Demgemäß kann dieses Rechtsgeschäft die Collectivnovation eines Geschäftscomplexes genannt werden; sie gewährte den Vortheil der Vereinfachung, indem sie ohne Namhaftmachung der einzelnen Posten Alles in Eins zusammenfaßte und durch die Kraft der Novation auch die nicht verbalen Obligationen, die einzeln nicht hätten acceptoferirt werden können (*fr. 8. § 3. D. eod.*), acceptilirbar machte; ja indem sie sich auf alle Arten etwaiger Ansprüche, auch die aus dinglichen Rechtsverhältnissen (*petitiones*), erstreckte und Alles, Bestrittenes und Unbestrittenes, in Eine Verbalobligation zusammenschmolz, welcher dann mit Einem Schlage der Garaus sich machen ließ, gewann sie die Bedeutung eines Collectivvergleichs und einer Generaldecharge, wie sie namentlich am Ende längerer Geschäftsführungen und bei der

---

*) s. unten Cursus § 670. **) s. oben Cursus § 604. †) s. oben Cursus § 187.

††) *Auct. ad Herennium: quaeritur, num aliquis ejus rei actionem, petitionem aut persecutionem habeat.* Vergl. Cursus § 351. 472.

Schlußabrechnung über viele verwickelte und verschiedenartige Posten zu allen Zeiten ein praktisches Bedürfniß ist.

Auch Ulpian berichtet von ihrem Gebrauch und Nutzen: *Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et perimit, ipsaque perimitur per acceptilationem; et hoc jure utimur; ideoque etiam legata sub conditione relicta in stipulationem Aquilianam deducuntur* (*fr. 4. D. de transact. 2, 15*). Sie war bei Transactionen die übliche Form und konnte mit einer Conventionalstrafe verbunden werden (*Paul. fr. 15. D. eod.*; dazu *fr. 2. eod.*); wie bei jedem ehrlichen Vergleich (*Ulp. fr. 9. § 1. 2. D. eod.*), beschränkte sich die Wirkung immer auf die im Gesichtskreis und Bewußtseyn der Transigenten befindlichen Verhältnisse: *Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur; liberalitatem enim captiosam interpretatio Prudentium fregit* (*Pap. fr. 5. eod.* und *l. 3. C. de transact. 2, 3*).

§ 659] 3. Accessorische Stipulation. Wie durch Novationstipulation ein Wechsel, so konnte durch Stipulation auch eine Vervielfältigung der Obligationssubjecte, sei es der Gläubiger oder der Schuldner, erzielt werden, wenn aus irgend welchem Grunde eine Betheiligung Mehrerer wünschenswerth schien. Wo es sich um absichtliche Herbeiführung eines solchen Mehrheitsverhältnisses handelt — *inter vivos* immer nur durch verbale Obligirung —, werden gewöhnlich Einer allein, oder Jeder der Mehrern nur antheilig eigentliche Interessenten seyn und folglich die Anderen insofern nicht für eigene Rechnung eintreten; indeß liegt es dem einfachen Rechtssinn am nächsten, den einfachen Weg gleichmäßiger und voller Mitbetheiligung zu betreten. Demgemäß wird jeder Gläubiger *in solidum* Gläubiger, jeder Schuldner *in solidum* Schuldner: m. a. W. die accessorische Obligatio tritt anfangs als einfache strenge Solidar- oder Correalobligatio auf,* die Nebenberechtigung und -verpflichtung wird als Hauptberechtigung und -verpflichtung behandelt. Die ganze Situation erhält dadurch etwas ungemein Energisches und Geschloßnes; die accessorische Obligatio ist noch keine besondre Art Obligationen, die gewöhnliche Begründungsform ist auch die ihrige (Sponsio, Stipulatio, Promissio), und im Begründungsacte selbst, der lange Zeit hindurch nur als ein für Alle ungetrennter vorkommt, tritt keine Ungleichheit der Betheiligung hervor. Alle stipuliren oder promittiren *idem* (*eandem pecuniam*), und es bleibt eine interne, oft wohl gern verschwiegene, Sache der mehrern Gläubiger oder Schuldner, wie es sich mit ihrer Betheiligung neben einander verhält, und wie sie sich etwa unter sich auseinanderzusetzen haben.

Auf dieser Unterstufe kann aber der gestaltende Rechtssinn nicht beharren: die Accessionsidee muß sich geltend machen, und die *stipulatio* und *promissio plurium reorum*** erscheint nun als *adstipulatio* und

*) s. oben Cursus § 600.

**) *consponsio, constipulatio, compromissio?* oft drückt das *con-* die Wechselseitigkeit aus: so in *condictio* (*legis actio per cond.*), *compromissum*; in *conjuratio* scheint das Nebeneinander mit dem Gegenseitigen verbunden; vergl. *Paul. Diacon. v. Consposos* und *Consponsor*.

adpromissio, zuerst vielleicht nur in der Weise, daß fortan auch nachträglicher Hinzutritt Jemandes als Gläubigers, Schuldners, zugelassen, und dabei natürlich sofort deutlich wird, wer Principalinteressent sei. Die Bürgschaft ist eine *adpromissio*, aber das Römische Recht kennt auch die analoge Figur der *adstipulatio*.

§ **660**] A. *Adstipulatio.*[9] Die Stipulation kann benutzt werden, um für den zu erhebenden Anspruch sich einen Mitgläubiger beizugesellen: *possumus ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipulatur* (*Gai. 3, 110*). Solche Zuziehung geschah namentlich, wenn ein Gläubiger sich die Füglichkeit einer Stellvertretung im Proceß verschaffen, bez. sichern, oder aber die Forderung auf seinen künftigen Erben stellen wollte (*Gai. 3, 117*) — so lange nämlich Proceßstellvertretung ungewöhnlich war, und so lange der Satz galt, daß *stipulatio post mortem** unzulässig sei.

Daß diese Adstipulation im Geschäftsleben des alten Rom eine große Rolle gespielt hat, läßt sich der *lex Aquilia* entnehmen, welche im 2. Kap. eine Schädenklage gegen den dolos über die Obligatio verfügenden *adstipulator* gewährte (*Gai. 3, 111. 215*), und wird durch Cicero (*in Pison. 9; pr. Quinctio 18*) bestätigt. Es scheint sogar Leute gegeben zu haben, die gewerbsmäßig das Geschäft der Adstipulation betrieben, gleichwie Wechsler die Buchungsgeschäfte von Privaten übernahmen (*argentarius, adstipulator: Auct. ep. ad Octav.*). Seit Klagbarwerdung des Mandats hatte der Hauptstipulator die *actio mandati directa* gegen den Adstipulator auf Ablieferung der erhobenen Summe (*Gai. 3, 111*); außerdem zeigte sich die Accessionsnatur darin, daß ein Adstipulator nicht auf Mehr berechtigt werden konnte, als der Hauptstipulator, und daß er die Obligatio nicht vererbte (*Gai. 3, 113. 114*).

Eine andere Stellung hatte der *solutionis causa adjectus*,[10] welcher sich nicht selbst bei dem Stipulationsacte betheiligte, daher überhaupt nicht anwesend zu seyn brauchte und nicht mit forderungsberechtigt wurde. Um einen solchen zu haben, dazu wurde in die Stipulation eine Zahlungsclausel mit dem Namen der *adjecta persona* aufgenommen (*ejus nomen stipulationi insertum: Ulp. fr. 12. § 1. D. de solut. 46, 3*); der Stipulator sprach: *Mihi aut Titio C dare promittis?* (*§ 4. J. de inutil. stip. 3, 19*). Ein solcher *adjectus* war zur Entgegennahme der Zahlung legitimirt, so daß der Schuldner durch derartige Zahlung sich *ipso jure* liberirte; *dum adjecto solvitur, mihi solvi videtur* (*Paul. fr. 59. D. de eod.*): was besonders für den Fall längerer Abwesenheit des Gläubigers wichtig war. Da der *adjectus* nicht in den Stipulationsnexus eintrat, so war er nicht *obligationis particeps*; doch hatte er die empfangene Zahlung — darin glich er dem Adstipulator — dem Gläubiger (als Mandanten) zu berechnen oder abzuliefern.

§ **661**] B. *Adpromissio* im weitern Sinn (Bürgschaft)[11] ist jede cumulative Intercession durch Verbalact; sie dient zur größeren Sicher-

*) s. oben Cursus § 610 a. E.

heit des Gläubigers, bei dem intercedirt wird: *pro eo, qui promittit, solent alii obligari; quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit* (*Gai. fr. 43. D. de solut. 46, 3*). Solche persönliche Intercession war bei den Römern von Alters her das gewöhnliche Mittel des Cavirens, wo einfache Verbalcaution des Verpflichteten selbst nicht ausreichend galt; die *vadimonii promissio*,* die gewöhnliche *satisdatio* im Proceß (z.B. *cautio rem ratam haberi*),** die *cautio de non amplius turbando* bei Servitutklagen,*** die Stellung eines *auctor secundus* bei Käufen (d.h. zur Sicherung des Evictionsanspruchs, eine, wie es scheint, sehr häufige Bürgschaft: *fr. 4. pr. fr. 22. § 1. fr. 40. D. de evict. 21, 2*) zeigen die Neigung der Römer zum Personalcredit;† noch Gaius (*fr. 53. D. de contr. emt. 18, 1*) führt als Hauptfall einer indirecten *satisfactio venditoris* die Bürgenstellung, die (*expromissio* und) *pignoris datio* aber nur nachträglich auf, und noch Ulpian (*fr. 7. D. de stip. praet. 46, 5*) hält den alten Satz aufrecht: *praetoriae satisdationes personas desiderant pro se intervenientium. Reus satisdandi* hieß der Bürge, *reus satis accipiendi* der Gläubiger im Verhältniß zu jenem (z.B. *fr. 34. § 8. D. de solut. 46, 3*).

Seitdem das *nexum* durch die *lex Poetelia* geschwächt war, und bevor *utilitas pignoris irrepserit* (*Ulp. fr. 14. § 1. D. de pecun. const. 13, 5*), mußte es als eine der wichtigsten Aufgaben der Gesetzgebung erscheinen, das Verbürgungsgeschäft zu reguliren; in der That werden uns zahlreiche Gesetze dieses Zwecks genannt, in denen zum Theil die Stufenfolge des reifenden Rechtsbewußtseyns bemerkbar ist. Es galt vornehmlich, den Verbürgungsact zu emancipiren und in der Bürgenverbindlichkeit den accessorischen Karakter, d.h. das Intercediren oder *alienam obligationem suscipere*, zur rechtlichen Anerkennung zu bringen; die Aufgabe war nicht leicht, denn wie war die Freiheit und Beweglichkeit des Begründungsactes zu vereinigen mit der Unterordnung und Bedingtheit der Obligatio, welche selbständig entstehen und doch nicht unabhängig gelten sollte?

§ **662**] Drei civilrechtliche Verbürgungsformen werden aufgeführt mit der Andeutung rechtsgeschichtlicher Aufeinanderfolge: *sponsio, fidepromissio* und *fidejussio. Sponsor ita interrogatur: Idem dari spondes? fidepromissor: Idem fide promittis? fidejussor ita: Idem fide tua esse jubes?* (*Gai. 3, 116;* dazu *fr. 16. pr. fr. 42. 47. D. de fidejussor. 46, 1*). Die *Sponsio* spiegelt die Periode des sacralen Obligirungsritus†† ab, die *fidepromissio* trägt die Physiognomie jener Uebergangszeit, in welcher die abstracte Fides an die Stelle der Herculesgestalt trat, ††† die *fidejussio* ist eine Anwendung der völlig profanen *stipulatio* und tritt mit dieser in das Gebiet der *bona fides* ein, welche den speciellen Geschäftsgründen Einfluß verstattet und demgemäß auch das accessorische Element der Bürgschaftsidee zur Reife kommen läßt.

---

*) s. oben Cursus § 139 a. E. **) s. oben Cursus § 244. ***) s. oben Cursus § 520. 545.
†) s. oben Cursus § 549. 550. ††) s. oben Cursus § 649. †††) s. oben Cursus § 651.

Indem dem *promittere* das *jubere* substituirt ward, sollte offenbar angezeigt seyn, daß der Bürge auf eine *aliena obligatio* hinweise, für welche er eintrete: der *fidejussor* wiederholt nicht, wie der *sponsor* und *fidepromissor*, die Obligirungs-Worte des Hauptschuldners, sondern antwortet auf des Gläubigers Frage: Willst Du —? mit den Worten: ich will das *periculum crediti* auf mich und mein Gewissen nehmen — so daß hier schon der Uebergang zum *mandatum credendi** leise angedeutet wird, bei welchem der Bürge geradezu als Veranlasser des Creditirens gedacht wird: *L. Titius, cum pro Sejo fratre suo apud Septicium intervenire vellet, epistolam ita emisit: Si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo* (*Marcell. fr. 24. D. eod.*) Vielleicht hat zur Aufstellung dieser Formel der hellenistische Peregrinenverkehr Anlaß gegeben; Ulpian berichtet von einer griechischen Formel: *Graece fidejussor et ita accipitur: τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, s. βούλομαι; sed et si φημί dixerit, pro eo erit, atque si dixerit: λέγω* (*fr. 8. D. eod.*).

§ **663**] Die *sponsio* blieb, wie auch die Stipulirformel mit *spondere*,** ausschließlich den Römern zugänglich, während *fidepromissio* und *fidejussio* auch auf Peregrinen Anwendung fanden. Außerdem hatte die Verbürgung durch *spondere* das Besondere, daß der Bürge, welcher Zahlung geleistet hatte, zufolge einer *lex Publilia* mit der *actio depensi* Regreß beim Hauptschuldner (*in eum, pro quo sponsor dependisset*) nehmen und dazu sich der *manus injectio* bedienen konnte: einer Klage, welche offenbar ein Seitenstück der Entschädigungsklage *ex legis Aquiliae cap. II.* gegen den *adstipulator* war, denn beide Klagen waren in der Zeit der Legisactionen mit *manus injectio* verbunden,† gingen *in duplum adversus infitiantem* †† und dienten statt der *actio mandati* in den Zeiten, als das Mandat noch nicht ein anerkannter Contract war (*Gai. III, 127. 216; IV, 9. 22. 102. 171. 186. Paul. Sent. rec. I. 19. § 2*).

Im Uebrigen stand die *fidepromissio* der *sponsio* näher, als der *fidejussio: sponsoris et fidepromissoris similis conditio est, fidejussoris valde dissimilis* (*Gai. 3, 118*). Der Verbürgungsact durch *sponsio* und *fidepromissio* hatte sich noch nicht vom Hauptact abgelöst: beide konnten nur gleichzeitig und zusammen mit der Hauptobligation und folglich nur für eine Verbalobligation eingegangen werden. Die Geltung der bürgschaftlichen *sponsio* und *fidepromissio* war unabhängig von der Rechtskraft der Hauptobligirung (*Gai. 3, 119*), und nur darin zeigten sich leise und unvollkommene Anfänge des Gedankens accessorischer Beziehung, daß der Bürge sich nicht höher als auf den Betrag der Hauptobligation verpflichten konnte (*Gai. 3, 126*), und seine Haftung nicht auf den Erben überging (*Gai. 3, 120*). Hierzu kam in weiterer Verfolgung der Accessionsidee, daß zufolge einer *lex Apuleja*

---

*) s. unten Cursus § 701. **) s. oben Cursus § 654. †) s. oben Cursus § 144 (a. E.)-147. Dazu Excurse S. 133. ††) s. oben Cursus § 260. sub b).

Mitbürgen, welche mehr als ihre antheilige Rate geleistet, unter einander Regreß haben sollten (*Gai. 3, 121*), sowie daß dann zufolge einer (jedoch nur für Italien geltenden) *lex Furia* ein Bürge selbst überhaupt nie länger als ein *biennium* verhaftet bleiben, und die Haftung mehrerer Mitbürgen *ipso jure* getheilt seyn solle (*Gai. 3, 121. 122*).

Besondere Vorschriften, welche das Bürgschaftswesen reguliren und auf solide Basis stellen wollten, bestimmten übrigens, daß Niemand *pro eodem apud eundem eodem anno* auf mehr als 20,000 Sest. Bürge werden (*lex Cornelia: Gai. 3, 124*), und daß mehrere Mitbürgen frei seyn sollten, wenn nicht vor dem Verbürgungsacte vom Gläubiger der Inhalt der Hauptobligation und die Anzahl der Mitbürgen öffentlich kund gemacht* worden (*lex Crepereja? Gai. 3, 123*). Diese Vorschriften fanden dann auch auf die neue Verbürgungsform durch *fidejussio* Anwendung.

§ 664] In der Kaiserzeit ist die *fidejussio*, d. h. die freie bürgschaftliche Stipulation, regelmäßige Intercessionsform geworden: an der *fidejussio* haben die Römischen Juristen die Theorie des Bürgenverhältnisses ausgebildet, dessen dogmatischer Mittelpunkt in den Worten des Gaius (*3, 126*) ausgedrückt liegt: *ut adstipulatoris; ita et horum* (*fidejussoris etc.*) *obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest, quam in principali re.*

Diese Accessionsidee ist im Römischen Recht auf feinste Weise durchgeführt, doch ist sie nicht in äußerlichen Punkten festgehalten worden: es ist zulässig, daß die Fidejussio nicht bloß gleichzeitig mit der Principalobligation, sondern auch nachher, und sogar schon vorher (d. h. für den Fall künftiger Entstehung der Principalobligation) eingegangen werde (*fr. 6. § 2. D. de fidejuss. 46, 1*); demgemäß ist auch nichts entgegen, daß sie für andere als Verbalobligationen entsteht (*fr. 1. 2. 8. § 6. D. eod.*), selbst für Delictsobligationnn (*fr. 8. § 5; fr. 56. § 3. D. eod.*); — *Id, quod vulgo dictum est, maleficiorum fidejussorem accipi non posse, non sic intelligi debet, ut in poenam furti is, cui furtum factum est, fidejussorem accipere non possit; nam poenas ob maleficia solvi, magna ratio suadet; sed ita potius, ut, qui cum alio, cum quo furtum admisit, in partem, quam ex furto tibi restitui desiderat, fidejussorem obligare non possit; et qui alieno hortatu ad furtum faciendum provectus est, ne in furti poenam ab eo, qui hortatus est, fidejussorem accipere possit* (*Gai. fr. 70. § 5. D. eod.*). Die Obligatio des Bürgen dauert und geht selbst auf den Bürgen über, wie jede andere Obligatio (*fr. 4. § 1. D. eod.*).

Darin aber zeigt sich die Accessionsnatur, 1) daß für eine bedingte Schuld ein Bürge nicht unbedingt angenommen werden kann: *si reus sub conditione sit acceptus, fidejussor pure, non obligabitur* (*Ulp. fr. 8. § 7. eod.*); 2) daß der Bürge nicht unter erschwerenden Modalitäten verpflichtet werden kann (*fr. 16. § 1. 2. 5; fr. 34. eod.*): *Illud commune*

*) s. oben Cursus § 232.

est in universis, qui pro aliis obligantur: quodsi fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari, in leviorem plane causam accipi possunt; propter quod in minorem summam recte fidejussor accipietur (*Ulp. fr. 8. § 7. eod.*); 3) daß eine durch des Principalschuldners *mora* perpetuirte* Obligatio auch die Bürgschaft perpetuirt (*fr. 58. § 1. eod.* im Gegensatz zur reinen Correalität: *fr. 32. § 4. D. de usur. 22, 1*); 4) daß von den Exceptionen, welche dem Principalschuldner zustehen, auch der Bürge Gebrauch machen kann: *ex persona rei, et quidem invito reo, exceptio et cetera rei commoda fidejussoribus ceterisque accessionibus competere potest* (*Ulp. fr. 32. eod.*; dazu *fr. 19. D. de except. 44, 1*); allerdings mit Ausnahme der *exceptiones personae cohaerentes*** (*fr. 7. eod.*).[12]

§ 665] Daneben hat sich die ursprüngliche Idee der Correalität*** in der *fidejussio* forterhalten, die sich dadurch hauptsächlich von den Intercessionsarten des *mandatum credendi*† und *constitutum*†† mit ihrem freieren Verhältniß zur Hauptobligation karakteristisch unterscheidet. Die Accessionsnatur widerspricht nicht der Correalität,[13] sondern macht dieselbe nur zu einer qualificirten (*fidejussor rei locum obtinet: Ulp. fr. 4. § 1. D. de fidej. 46, 1*). Aus dem Correalitätsprincip aber folgt 1) daß der Inhalt der *obligatio fidejussoria* identisch seyn muß mit der der Principalobligation: *quia in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest* (*Javol. fr. 42. D. eod.*); 2) daß jeder eine *solutio* im weitern Sinn enthaltende Tilgungsgrund, welcher die Principalobligation trifft, mithin auch die Litiscontestation, zugleich die Bürgschaft aufhebt.[14]

Auch darin stimmt die *fidejussoria obligatio* mit der Correalverpflichtung überein, daß der Gläubiger die freie Wahl hat, wen er (zuerst) belangen will, wofern nicht etwa der Bürge (als s.g. *fidejussor indemnitatis*, Schadlos bürge)[15] ausdrücklich nur dasjenige, was vom Principalschuldner nicht zu erlangen seyn werde, zugesagt hat: ein solcher Schadlosbürge steht nicht im Correalverband mit jenem (*fr. 116. D. de V. O. 45, 1*), und wird daher auch nicht durch Litiscontestation des Gläubigers mit dem Schuldner liberirt. Außer diesem einen Fall ist ein *fidejussor* immer primärer (nicht subsidiärer) Nebenschuldner, und er hat nur das Recht, vom Gläubiger, der ihn in Anspruch nimmt, Abtretung des Klagrechts gegen den Hauptschuldner und etwaige Mitbürgen zu verlangen, um hierdurch sich den Regreßweg zu sichern; dieses s. g. *beneficium cedendarum actionum* wurde, da vor der Zahlung zu cediren dem Gläubiger nicht zuzumuthen war und nach der Zahlung das Cessionsobject nicht mehr existirt hätte, als ein Verkauf der Klagrechte, die Zahlung des Bürgen an den Gläubiger als Preis vorgestellt: *non in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit* (*Paul. fr. 36. D. de fidej. 46, 1*; dazu *fr.*

---

*) s. oben Cursus § 618. **) s. oben § 634. a. E. ***) s. oben § 659.
† s. unten Cursus § 701. ††) s. unten Cursus § 704.

17. eod. und analog *fr. 76. D. de solut. 46, 3*). Wichtig war dies namentlich für den Fall von Mitbürgen; eine wichtigere Gunst aber noch war das s. g. *auxilium s. beneficium divisionis*, welches durch eine *Epistola divi Hadriani* begründet in das prätorische Edict überging (*Paul. Sent. rec. 1, 20*), wonach der Bürge, wenn er Mitbürgen hat, den Gläubiger *pro rata* an diese verweisen kann; es ist das keine Wiederholung der *lex Furia*, denn die Theilung tritt nicht *ipso jure* ein, und es kommen bei ihr nur die zur Zeit der Klaganstellung anwesenden und solventen Mitbürgen in Betracht (*Gai. 3, 122 i. f.; § 4. J. de fidejussor. 3, 20*).*

§ **666**] 4. *Usurarum stipulatio.* Zinsen kommen in Frage, wenn Jemand gegenwärtig den Gebrauch einer Quantität fungibler Sachen, namentlich einer Geldsumme, hat, die einem Anderen gebührt, z. B. wenn dieser ein Darlehn vorgestreckt oder den Kaufpreis creditirt oder den fälligen Miethzins gestundet hat. Die Verpflichtung, solchenfalls eine Vergütung in Zinsen, sei es periodisch oder auf ein Mal *prae-* oder *postnumerando*, zu leisten, gründet sich entweder auf Vertrag oder auf letzten Willen und bildet eine selbständige Obligatio (*obligatio usurarum* neben der *obligatio sortis*).

Bei *negotia bonae fidei*, namentlich Kauf, Miethe, Societät und Mandat, kann der Zinsvertrag durch unmittelbare Verbindung mit dem Hauptvertrag klagbar gemacht werden** (*fr. 17. § 4. D. de usur. 22, 1*); so auch bei einem *depositum pecuniae irregulare* (*fr. 24. 26. § 1. D. depositi 16, 1*), welches die Stelle des *mutuum* vertreten kann. Bei dem eigentlichen *mutuum* dagegen, sowie bei bei Stipulationen, ist nicht durch einfachen Nebenvertrag eine Zinsverbindlichkeit zu erzeugen, vielmehr bietet sich dazu die Stipulation als der (mit wenigen Ausnahmen) allein geeignete Weg. *Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti, ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur* (*Paul. Sent. rec. 2, 14. § 1*) — *Pecuniae creditae usurae nisi in stipulatum deductae non debentur* (*Afric. fr. 24. D. de praescr. verb. 19, 5*).

§ **667**] Eine, wie es scheint, sehr verbreitete Sitte war es, für die auf Zinsen ausgeliehenen Kapitalien besondere Bücher anzulegen, die, weil seit Ende der Republik die Zinsen monatlich berechnet und am 1. Tage des Monats fällig wurden, *Kalendaria*† hießen (*fr. 41. pr. D. de reb. cred. 12, 1; fr. 23. pr. D. de pecul. leg. 33, 8*); daher auch die Klage aus dem Zinsgeschäft *actio Kalendarii* (*fr. 39. § 14. D. de admin. tutor. 26, 7*), die Urkunde *instrumentum Kalendarii* (*fr. 27. § 3. D. de instructo leg. 33, 7*), der Zinsengenuß der Außenstände *Kalendarii ususfructus* (*fr. 37. D. de usu leg. 33, 2*) genannt wurde.[16]

Die Höhe der stipulirbaren Zinsen war in ältester Zeit dem Belieben der Contrahenten überlassen gewesen und wurde erst durch die XII Tafeln an ein gesetzliches Maximalmaß gebunden, das s. g. *foenus*

---

*) Ueber After- und Rückbürgen sind die Pandektenvorträge zu vergleichen.

**) s. oben § 646. †) s. unten Cursus § 669 a. E.

unciarium (*Tac. Annal. 6, 16; Cato de re rust. prooem.*): wahrscheinlich sind darunter $8^1/_3$ Procent für das alte zehnmonatliche Jahr, 10 Procent für das zwölfmonatliche Jahr zu verstehen.[17] Nach mancherlei Schwankungen und den verschiedensten *leges foenebres* stellte sich dann etwa seit dem letzten Jahrhundert der Republik der Zinsfuß von 1 Procent monatlich (*centesimae usurae*) fest (*Cic. ad Att. 1, 12; 5, 21*), und dieser blieb bis auf Justinian die gesetzlich erlaubte Höhe (s. g. *legitimae usurae*); *usurae, quae centesimam excedunt, per errorem solutae repeti possunt* (*Paul. Sent. rec. 2, 14. § 4*). — Außerdem wurde, vielleicht durch Caracalla (*l. 10. C. de usur. 4, 32*), bestimmt, daß rückständige Zinsen nur bis zur Höhe des Capitalbetrags wachsen und Zinseszinsen unzulässig seyn sollten (*Ulp. fr. 26. § 1. D. de cond. ind. 12, 6; Mod. fr. 27. D. de re jud. 42, 1*). Wucher, d. h. Ueberschreitung der bestehenden Zinsenschranken (*foenus illicitum, usuraria pravitas* — *anatocismus* d. h. *usurae usurarum*), wurde seit den XII Tafeln mit dem vierfachen Ersatz des Uebermaßes bestraft (*Cato de re rust. prooem.*); der Vertrag ist, soweit er sich auf das Uebermaß bezieht, ungültig (*fr. 29. D. de usur. 22, 1*).

Literatur: 1) Joh. Christiansen Institutionen d. R. R. S. 302—316. Liebe d. Stipulation u. d. einfache Versprechen (Brschw. 1840). Heimbach d. Lehre vom Creditum (Leipz. 1849). Schlesinger z. Lehre v. d. Formalcontracten (Leipz. 1858) S. 17—94. Girtanner d. Stipulation u. ihr Verhältniß z. Wesen der Vertragsobligation insbesondere zum Creditum (Kiel 1859). Ihering Geist d. R. R. II. S. 511. 581—7. 617—9. — 2) Dirksen Civilist. Abhandlgn. I. S. 89. 90. Liebe S. 18. — 3) Schilling Instit. III. § 279. S. 294. v. Bethmann-Hollweg d. Röm. Civilproceß II. S. 268 ff. 280. Huschke *de actionum formulis quae in lege Rubria exstant* (Vratisl. 1832). p. 27—31. — 4) Liebe S. 26 ff. — 5) Gneist die formellen Verträge des R. R. (Berl. 1845) S. 256. Puchta Curs. d. Inst. III. § 273. Anm. d). Anders Bähr d. Anerkennung als Verpflichtungsgrund (Cassel 1855) S. 128 ff. u. Schlesinger S. 81 ff. — 6) Liebe S. 23. — 7) s. Müller Institut. § 140 sub 2. — 8) Girtanner d. Stipulation S. 231 ff. — 9) Rudorff in Puchta's Cursus d. Inst. II. § 156. Anm. c. Puchta ebendas. III. § 264. Schilling Instit. III. § 280. Bekker d. processual. Consumtion (Berl. 1852) S. 167. 187. Huschke Gaius: Beiträge zur Critik (Leipz. 1855) S. 66—87. 110. — 10) Brandis i. neuen Rhein. Museum I. No. 11. — 11) Girtanner d. Bürgschaft nach gem. Civilrecht, historisch-dogmatisch dargestellt (Jena 1850. 1851). — 12) Girtanner d. Bürgsch. S. 40—46. — 13) Ders. S. 39. 403. 480. Kuntze d. Obligation u. Singularsuccession (Leipz. 1856) S. 149 ff. 236 ff. — 14) Girtanner d. Bürgsch. S. 495—513. (s. jedoch auch das. S. 110). — 15) Ders. S. 111 u. 324. — 16) Wunderlich *Diss. de antiqua literarum obligatione* (Gött. 1832) p. 20. Roßhirt d. Lehre v. d. Vermächtnissen II. S. 230 ff. Danz Gesch. d. R. R. II. S. 113. — 17) Niebuhr Röm. Gesch. III (4. Aufl.) S. 69. Anm. 110. Schrader in Hugo's civilist. Magazin V. S. 180 ff. Schilling Inst. III. § 244.

XXXVI. Kapitel.

2. Die Obligation aus Literalcontract.[1]

§ 668] I. Neben die Stipulation trat im Römischen Verkehr eine *scripturae proprietas*, als es — wahrscheinlich von Campanien* her — un-

*) s. Cursus § 130. und Excurse S. 134. 135.

ter allen vermögenden Römern Sitte wurde, wohlgeordnete Haus- und Wirthschaftsbücher (*rationes domesticae, tabulae*) zu halten. Dieselben waren vornehmlich zur Aufnahme von Geldposten (*nomina*) bestimmt, und es scheint, daß die durch solche Eintragung bewirkte Obligatio lediglich Geldleistungen betraf (*Cic. pr. Rosc. Com. 4. 5*); nicht eingetragene Geldposten wurden als *pecunia extraordinaria* bezeichnet. (*Cic. pr. Rosc. Com. 1; in Verr. 1, 23*). *Moris fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae per dies singulos scribere, ex qua appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore lucrove seposuisset quoque die et quid idem sumtus damnive fecisset* (*Pseudo-Ascon.* zu *Cic. in Verr. II, 1, 23*).

Diese Hausbücher scheinen immer zwei Hauptrubriken enthalten zu haben, die eine für die activen (*credita*), die andere für die passiven Obligationen (*debita*);[2] in die erstere trug der Gläubiger zunächst seinen Forderungsgrund, in die andere der Schuldner dann seinen Befreiungsgrund ein: jenes hieß *expensilatio* (*Gell. 14, 2*), dieses *acceptilatio,* und die Bücher wurden danach *codices accepti et expensi* genannt. Forderungen auf diesem Schriftwege erwerben wurde mit *nomina facere,* Gelder auf diesem Wege ausleihen mit *nummos in nomina collocare* (*Scaev. fr. 58. § 3. D. de admin. tutor. 26, 7*) bezeichnet. Cicero (*pr. Rosc. Com. 2, 3; pr. Cluent. 14*) unterscheidet von diesen Hauptbüchern die *Adversaria s. commentarii* (Tage-, Concept- oder Taschenbuch, Kladde), welche den Geschäftsleuten zu ihren vorläufigen Notizen dienten, und aus denen insgemein monatlich der Uebertrag (*transscriptio*) in das Hauptbuch erfolgte.

§ **669**] Die vornehmen Römer pflegten Sklaven zu ihren Cassirern und Schatzmeistern zu machen (*servi dispensatores, arcarii*) und bez. solchen die Führung der Hausbücher anzuvertrauen (*rationales sc. servi*). Daneben wurde es, als aus dem Stande der Geldwechsler (*nummularii*) sich der feinere Beruf der Bankiers (*argentarii*) entwickelt hatte, gebräuchlich, daß die Privaten sich behufs der Expensilation statt eigner *rationes* lieber der *codices* eines *argentarius*, welcher den Umsatz und Ausgleich der *nomina* durch Ab- und Zuschreibung bewirkte, bedienten (*Cic. pr. Caec. 6; Gell. N. Att. 14, 2; fr. 4. § 1. fr. 10. § 1. D. de edendo 2, 13; fr. 5. § 8. D. commodati 13, 6*); Seneca (*de benef. 2, 23* und *3, 15*) nennt die *pararii* als Mittelspersonen beim *nomina facere.*

Mit der Befestigung dieses neuen Gebrauchs mag allmählich die Sitte eigner Buchhaltung, die wohl überhaupt der Neigung der Kaiserzeit zu vornehmer Bequemlichkeit zuwider war, geschwunden seyn; hierzu kam, daß mit der Ausbildung der Stipulationsurkunden,* welche ein bequemes Beweismittel abgaben, die schwerfälligere Expensilation schlecht concurriren konnte; die Rücksicht der Beweisführung trat mehr und mehr in den Vordergrund, schon die Eintragung in das Hausbuch eines Dritten (*tabulae hominis honesti*: *Cic. pr. Rosc. 1*) mag

---

*) s. oben Cursus § 656; (dazu *l.* 14. *C. de contr. stipul.* 8, 38).

besonders durch jene Rücksicht veranlaßt worden seyn, noch einfacher und sichrer aber war das meistens durch Stipulationsurkunden zu bewerkstelligen. So erklärt sich, daß die *literarum obligatio* aus dem Privatverkehr sich in den engern Kreis des Bankierwesens zurückzog und im 3. Jahrh. n. Chr. kaum noch anders als da in Uebung war.[3] Papinian (*fr. 39. § 14. D. de admin. tutor. 26, 7; fr. 24. pr. D. de usu per legat. 33, 2*), Callistratus (*fr. 3. § 8. D. de jure fisci 49, 14*), Scaevola (*fr. 41. § 17. D. de fideic. libert. 40, 5*), Ulpian (*fr. 12. § 15. D. mandati 17, 1; fr. 2. D. de proxen. 50, 14*) und Paulus (*fr. 52. pr. D. de pecul. 15, 1; fr. 16. D. de admin. tutor. 26, 7*) verstehen unter *nomina facere* (*contrahere*) nicht mehr die Expensilatio; die *Kalendaria*,* von welchen African, Papinian und besonders Scaevola reden, sind wahrscheinlich eine spätere Einrichtung (ohne *literarum obligatio*), die unter Privaten an die Stelle der Codices trat; endlich scheint die Erwähnung des Paulus,** daß Correalobligirung auch *literis*, nämlich bei Argentarien, vorkomme, anzudeuten, daß *literae*, die sich hierzu eignen, eben nur bei diesen noch gebräuchlich seien.

§ **670**] II. So lange die civilen Consensualcontracte und prätorischen Pacta noch nicht zur Anerkennung gelangt waren, und also nur die Stipulation sich für Creditgeschäfte darbot, war das Bedürfniß, eine Contractsform zu haben, welche den Verkehr in die Ferne, das Contrahiren *inter absentes*, ermöglichte. Die Stipulation als Austausch der Rede widerstrebte, die Schriftform war aber dazu wohl geeignet, wenn die Obligirung und die Liberirung in die Hand des Einen (des Gläubigers dort, des Schuldners hier) gelegt ward, und des Anderen einfacher *consensus* genügend galt.[4] Dies nun scheint bei der *literarum obligatio per codices accepti et expensi* der Fall gewesen zu seyn: der Gläubiger begründete durch *expensilatio*, der Schuldner löschte durch *acceptilatio* die Obligatio, Consens des andern Theils vorausgesetzt (*Gai. 3, 137. 138*). Freilich handelte er sich dabei zunächst nur um Begründung und Löschung, keineswegs um Beweisführung; welche Beweiskraft den vorgelegten (und bez. zu vergleichenden) beiderseitigen Codices zukomme, hatte der Richter in jedem Falle besonders zu erwägen.[5]

Diesem Zwecke, dem Verkehr unter Abwesenden zu dienen, entspricht es nun auch, daß die Expensilation beim Darlehn keine *literarum obligatio* begründete,† denn Darlehn konnte durch Dritte (*nuntii*) vermittelt werden. Dagegen leistete die Expensilatio beim Kauf auf Credit, bei Postnumeration und Gestundung des Mieth- und Pachtzinses, bei Geldansprüchen aus Societät oder Mandat, sowie auch bei Intercessionen und sonstigen Novationen guten Dienst: hier konnte überall, wenn Stipulation unbequem oder unausführbar war, die Expensilation sie ersetzen.

---

*) s. oben Cursus § 667 z. A. **) s. unten § 671 a. E. †) s. unten Cursus § 673.

Immer handelte es sich dabei, wie es von Gaius (*3, 128*) ausgedrückt wird, um eine *transscriptio*, und hießen daher die durch Buchung begründeten Forderungen *nomina transscripticia. Literis obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis; fit autem nomen transscripticium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod ex emtionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero; a persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi* (*Gai. 3, 128—130*). Die erstere (*a re in personam*) war auch dann, als die Consensualcontracte vollen Rechtsschutz hatten, nicht überflüssig, denn sie gewährte dem Gläubiger den Vortheil eines *judicium stricti juris* (*condictio certi*) und erleichterte dadurch die Geltendmachung des Anspruchs; doch mag die Anerkennung der Consensualcontracte, welche ja den Verkehr *inter absentes* zuließen, dem Institut der Expensilation den ersten Stoß versetzt haben. Die letztere (*a persona in personam*) diente namentlich bei Schuldübernahmen und Intercessionen (daher vielleicht noch später der Ausdruck: *alienam obligationem in se transferre* in *fr. 17. pr. fr. 19 i. f. D. ad Sct. Vellej. 16, 1*), und blieb, so lange die Expensilation überhaupt vorkam, ohne Anwendung auf den Peregrinenverkehr (*Gai. 3, 133*).

§ **671**] III. Am längsten und einflußreichsten erhielt sich die Expensilatio im Argentarienwesen, sie wird in Bezug auf dasselbe von Paulus mehrfach erwähnt; Ulpian nennt die Codices *instrumenta argentariae* (*fr. 4. § 5. D. de edendo 2, 13*), Gellius *mensae rationes* (*14, 2*). Die Expensilatio erscheint in dieser Anwendung als einer der wenigen Ansätze des Römischen Rechts zu einem kaufmännischen Sonderrecht.* Cicero erzählt, wie Römische Geschäftsleute mit ihren Codices (*tabulae*) in den Provinzen den großen und kleinen Geldverkehr sich in die Hände spielten: *nummus in Gallia nullus sine civium Romanorum tabulis commovetur* (*Cic. pr. Fontej. 5*); das *argentariam* (*sc. mensam*) *facere s. exercere* ward ein wichtiger Beruf, welcher seine Arme durch das Geschäftsleben des ganzen weiten Reichs erstreckte,[6] und namentlich seit Labeo scheint die Jurisprudenz den Einrichtungen des Argentariengeschäfts ihre Aufmerksamkeit gewidmet zu haben.

Der Prätor legte den Argentarien rücksichtlich der von ihnen geführten *Rationes*, die wohl über die ursprüngliche Bestimmung der Hausbücher hinausgehend alle möglichen Geschäftsverhältnisse umfaßten, eine besondere Editionspflicht auf. Ulpian bemerkt dazu: *Hujus Edicti ratio aequissima est; nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id, quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi* (*fr. 4. § 1. D. de edendo 2, 13*), und Gaius erklärt: *Argentarius rationes edere jubetur, nec interest, cum ipso argentario controversia sit, an cum alio. Ideo autem argentarios tantum neque alios*

*) s. Excurse S. 198.

ullos absimiles eis edere rationes cogit, quia officium eorum atque ministerium publicam habeat causam, et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant (*fr. 10. D. eod.*). *Rationem autem esse, Labeo ait, ultro citro dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem, nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere; nec si pignus acceperit, aut mandatum, compellendum edere, hoc enim extra rationem esse; sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet, nam et hoc ex argentaria venit* (*Ulp. fr. 6. § 3. eod.*). Außerdem wurde durch die Aufstellung der singulären *actio cum compensatione** den Argentarien angesonnen, ihre Ansprüche gegen die Kunden nur unter vorgängigem Abzug sämmtlicher Gegenforderungen derselben geltend zu machen: ein Sonderrecht, welches vielleicht durch eines jener schon im *Plautus* erwähnten Gesetze eingeführt wurde (*Curculio act. IV. sc. 2. v. 23: rogitationes plurimas propter vos populus scivit*). Ueberhaupt standen die Argentarien unter der Aufsicht der Magistrate, anfangs wohl des Prätors, später des *Praefectus urbi*, welcher auch für die Klagen der Argentarien und gegen dieselben Competenz erhielt (*Suet. Galba 9; fr. 1. § 9. fr. 2. D. de off. praef. urbi 1, 12*).

Diesen Schranken entsprach aber, gerade durch dieselben motivirt — genau wie in unserem modernen Handelswesen —, ein eigenthümliches und für den gesammten Verkehr höchst wichtiges Geschäftsprivilegium: die besondere Glaubwürdigkeit, welche den ordnungsmäßig geführten Büchern der Wechsler beigelegt und noch von Justinian durch Aufnahme folgender Stelle aus Paulus *ad Edictum* anerkannt wurde: *Nummularios quoque non esse iniquum, cogi, rationes edere, Pomponius scribit, quia et hi mummularii, sicut argentarii, rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur; et frequentissime ad fidem eorum decurritur* (*fr. 9. § 2. D. de edendo 2, 13*). An anderen Stellen seines Edictscommentars hatte derselbe Paulus erwähnt, daß Argentarien durch ihre Bücher auch als *correi* berechtigt und verpflichtet werden könnten („*plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt*“),[7] und diese Stellen sind gleichfalls in Justinian's Digesten aufgenommen (*fr. 9. pr. D. de pact. 2, 14; fr. 34. pr. D. de recept. 4, 8*).

Literatur: 1) v. Savigny Ueb. d. Literalcontract d. Römer (Berl. 1816), in den vermischten Schriften I. S. 205—261. u. ders. System d. Civilr. V. S. 527—531. Kraut *de argentariis et nummulariis* (Gött. 1826). Wunderlich *de antiqua literarum obligatione* (Gött. 1832). M. T. Schmidt *Ciceronis pro Roscio Com. oratio* (Lips. 1839) p. 14—21. Unterholzner Lehre v. d. Schuldverhältnissen I. S. 38—43. v. Keller Beitrag z. Lehre v. röm. Literalcontract in Sell's Jahrbb. I. (1841) S. 93 ff. Schüler d. *literarum obligatio* des älteren röm. Rechts (Bresl. 1842). Danz Gesch. d. R. R. II (1846) S. 109—121. Schilling Inst. §. 284. 285. Heimbach d. Lehre v. d. Creditum (Leipz. 1849) S. 309—370. Pagenstecher *de literarum obligatione et rationibus tam domesticis quam argentariorum* (Heidelb. 1851). Einert Ueb. d. Wesen u. d. Form des Literalcontracts (Leipz. 1852). Schlesinger z. Lehre v. d.

*) s. oben Cursus § 638.

Formalcontracten (Leipz. 1858) S. 63—67. Girtanner d. Stipulation S. 164—169. Müller Instit. § 116. — 2) so Schüler S. 35 ff., Walter Röm. Rechtsgesch. II. §. 605., Unterholzner I. S. 38 ff. Anders v. Savigny S. 208 ff., v. Keller S. 98 ff. u. Dernburg Gesch. u. Theorie d. Compensation (2. Aufl.) S. 35. — 3) Ueber die Schuldbücher des Aerars u. d. Fiscus s. Liv. 26, 36 („*ut nomina sua vellent in publicis tabulis esse*") u. Dernburg Pfandrecht I. S. 345. — 4) so die Meisten; anders Heimbach Creditum S. 329., Schüler p. 36 sq. u. Ihering Geist d. R. R. II. S. 620, welche einen begleitenden Scripturact des andern Theils für wesentlich, also *nudus consensus* unzureichend halten. — 5) Schilling III. S. 322. Anm. m. — 6) Kraut l. c. Rein in Pauly's Realencyclopädie v. *argentarii*. Becker-Marquardt Röm. Alterthümer III. 2. S. 58 ff. — 7) v. Savigny Obligationenrecht I. S. 150. Rösler i. Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 269—273.

XXXVII. Kapitel.

3. Obligationen aus Realcontracten.

§ 672] Im prätorischen Edict wurden die vier Realcontracte,* weil sie Uebergabe und Anvertrauung eines reellen Vermögensbestandtheils in die Hand eines Anderen (*alienam fidem sequi*) voraussetzten, unter dem Ausdruck *creditum* zusammengefaßt (*fr. 1. 2. § 3. D. de reb. cred. 12, 1; Gai. 3, 124*), wobei auch die Fälle als eingeschlossen gedacht wurden, da durch hinzukommende Stipulation die Verpflichtung in eine *obligatio ex stipulatu* überging (*fr. 2. § 4. D. eod.; fr. 7. D. de novat. 46, 2*).

Da die Realcontracte einen Traditionsact zu ihrem Vollzug verlangen, so kann es seyn, daß die Parteien, bevor sie in der Lage sind, diesen Act vorzunehmen, in ihrem Interesse finden, jetzt schon sich vorläufig zu obligiren: ein solcher präparatorischer Vertrag wird *pactum de contrahendo* (z.B. *de mutuando*) genannt, und darf nicht mit dem bezweckten Hauptvertrag vermischt werden; er ward nach Römischem Recht nur durch Stipulation klagbar.

Der wichtigste unter den Realcontracten und daher unter *creditum* (*pecunia credita*) vorzugsweise verstanden, ist das *mutuum;* er unterscheidet sich von den übrigen Realcontracten dadurch, daß er den Empfänger der *res* zu deren Eigenthümer, die anderen ihn nur zum *detentor alieno nomine* machen.

§ 673] I. *Mutuum,* Darlehn, ist Hingabe einer Quantität (fungibler Sachen,** z.B. einer Geldsumme, Getreidemasse) in des Empfängers Eigenthum unter dessen Verpflichtung zur Rückgabe des *tandundem* (d. h. der gleichen Quantität *in eodem genere: fr. 80. D. de solut. 46, 3*; *fr. 2. pr. D. de reb. cred. 12, 1*); der *bona fides* gemäß wird übrigens seit Pomponius angenommen, daß nicht bloß *in eodem genere,* sondern auch *eadem bonitate* zu restituiren sei (*fr. 3. D. eod.*). Der Hingabe steht gleich, wenn eine Schuld aus anderem Geschäft in ein *crediti nomen* durch Uebereinkommen gewandelt wird (*fr. 15. D. eod.: videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta,* sagt Ulpian).

*) s. oben Cursus § 624. **) s. oben Cursus § 441.

Die Klage auf Rückgabe des Darlehns (*actio ex mutuo*) ist eine *condictio certi* (bei dem Darlehn anderer Sachen, als Geld, *cond. triticaria* genannt) und als solche streng auf das *tantundem* beschränkt, so daß nur Verpflichtung auf ein Minus, nicht auf ein Plus Statt hat (*fr. 11. § 1. eod.*), und nicht einmal Verzugszinsen durch den Richter in Einrechnung kommen können (*fr. 24. D. praescr. verb. 19, 5*).

Ein Darlehn mit Zinsenstipulation* wurde *pecunia foenebris* genannt; Capitalisten beschäftigten sich gern mit verzinslichen Ausleihungen (*foenus s. foenebrem exercere*) und ließen sie auch wohl, namentlich in den Provinzen, durch Sklaven betreiben (*servum in provincia kalendario** praeponere: Afric. fr. 41. D. de reb. cr. 12, 1*); den Provinzialregenten (nicht ihren ständigen Subalternbeamten) waren jedoch solche Operationen untersagt (*fr. 33. 34. eod.*). — Auch die Darlehnsobligationen wurden gebucht, wenn die Contrahenten Bücher hielten, allein das wirkte keine Novation, sondern die Klage blieb die *actio mutui*, und die Numerationsposten hießen *nomina arcaria;* das Hauptbuch diente solchenfalls nur zur Beweisführung: *qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere* (*Gai. 3, 131*).

§ **674**] Eine eigenthümliche Beschränkung bestimmte das von seiner nächsten Veranlassung benannte *Sctum Macedonianum*[1] zur Verhütung der in der Kaiserzeit gewaltig zunehmenden Ausschweifungen, welche auch auf das Familienleben zerrüttend wirkten. Schon unter Claudius waren (durch eine s. g. *lex Claudia* 47 n. Chr.) Gelddarlehen an Haussöhne, welche nach des Vaters Tode Rückzahlung leisten sollten, für inexigibel erklärt (*Tac. Ann. 11, 13*); Vespasian (a. 69 bis 79 n. Chr.) verallgemeinerte dann durch jenes *Sctum* diese Anleiheschranke wegen des von einem gewissen Macedo[2] verübten Vatermordes (*Suet. Vespas. 11; Theoph. ad Inst. IV, 7. § 7*); es sollte auf diesem Wege dem Drängen ungestümer Wucherer, welches in jenem Falle zur Unthat geführt und dadurch den Haussohn zum Herrn des Vermögens gemacht hatte, die Hoffnung abgeschnitten werden: *placebat, „ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri"* (*fr. 1. D. de Scto Mac. 14, 6*).

Es bildete sich hiernach der Spruch: *filiofamilias credi non licere* (*Scaev. fr. 4. eod.*), doch gilt das Darlehn (*cessat Sctum, actio non denegatur, non subveniendum est filiofamilias, exceptio Scti non obstat*), wenn es nicht durch reelle Numeration begründet ist†: *is solus Sctum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit; nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est* (*fr. 3. § 3. eod.*). Die *exceptio Scti* läßt zwar eine Naturalobli-

*) s. oben Cursus § 666. **) s. oben Cursus § 667 z. A.

†) Ueber mancherlei sonstige Ausnahmen von der Unklagbarkeit vergl. die Pandektenvorträge.

gation übrig, bleibt aber auch dem selbständig gewordenen Darlehnsempfänger und Erben (*fr. 7. § 6; fr. 10. eod.*).

§ 675] Besondere Fälle[3] des Darlehns sind: 1) durch den Gegenstand: Der von den Neueren s. g. *contractus mohatrae*, d. h. Hingabe von Werthsachen in des Empfängers Eigenthum unter dessen Verpflichtung, den erzielten Kaufpreis als Darlehnssumme zu restituiren (*Afric. fr. 34. pr. mandati 17, 1; fr. 7. § 3. D. de Scto Mac. 14, 6*).

2) Durch den Geber: der durch Anweisung an des Darleihers Schuldner vermittelte Summenempfang: *si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fit: id enim benigne receptum est* (*Afr. fr. 34. cit.*), dann überhaupt jeder Empfang aus der Hand eines Dritten, welcher sein Geld im Auftrag und für Rechnung des zu Berechtigenden gibt: *si voluntate mea tu des pecuniam, mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint* (*Paul. fr. 2. § 4. D. de reb. cr. 12, 1;* schon seit Julian: *fr. 9. § 8. eod.*)

3) Durch den Zweck: die *datio pecuniae trajecticiae s. nauticae*, welche schon zur Zeit der Republik (dem Servius und Labeo) bekannt und vielleicht aus dem griechischen Seeverkehr entlehnt war, worauf noch hinzudeuten scheint, daß hier der Verzinsungsvertrag (obgleich er oft durch Stipulation bekräftigt wurde) auch als *pactum nudum* klagbar war (*fr. 5. § 1; fr. 7. D. de nautico foen. 22, 2*). Als *trajecticia* gilt die *mutua pecunia* oder davon angeschaffte Waare, wenn sie zu überseeischen Geschäften mitgenommen wird (*quae trans mare vehitur: Modest. fr. 1. eod.*), und der Contract als ein besonderer, wenn der Gläubiger durch Uebernahme des Risico dem Schuldner gleichsam Assecuranz[4] leistet (*si pecunia periculo creditoris navigat: fr. 1. cit.*). *Cum trajecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio ejus creditori competat, quam si salva navis (intra statuta tempora) pervenerit, ipsius crediti obligatio non exsistente conditione defecisse videtur* (*Paul. fr. 6. eod.*). Solchenfalls können zur Ausgleichung des Verhältnisses, da ja der Gläubiger hier nur eine bedingte Rückforderung hat (als *pretium periculi: fr. 5. eod.*), Zinsen über das gesetzliche Maß hinaus verabredet werden (*nauticum foenus, maritimae usurae: majus legitima usura foenus: Pap. fr. 4. eod.*). — Analoge Assecuranzzinsen (*foenus quasi nauticum*) können auch im Landverkehr vorkommen, z. B. Darlehn an einen Athleten, *unde se exhiberet exerceretque, ut si vicisset, redderet* (*Scaev. fr. 5. eod.*).

Zuweilen ließ der Gläubiger einen Sklaven mitreisen, um durch ihn sofort an Ort und Stelle (*perfecto navigio*) das fällige Capital mit Zinsen zu erheben (*Scaev. fr. 122. § 1. D. de V. O. 45, 1*); „für den Fall, daß der Schuldner in Verzug käme, pflegte der Gläubiger wegen der inmittels eingebüßten Dienstleistungen seines Sklaven sich eine Vergütung oder Strafe auszubedingen“ (*fr. 4. § 1. D. de naut. foen. 22, 2; fr. 23. D. de O. et A. 44, 7*).[5]

§ 676] II. *Commodatum*, Leihvertrag (Gebrauchsleihe) ist Uebergabe einer Sachspecies (bez. Quantität) an Jemand zu einem be-

stimmten Gebrauch und mit Verpflichtung zur Restitution des Empfangenen *in eadem specie.* Dieser Vertrag zwischen *commodans* (*s. commodator*) und *commodatarius* ist einer der häufigsten Verträge im täglichen Freundschafts- und Nachbarverkehr,* und erscheint im Unterschied von der *locatio conductio* als ein *gratuitum negotium* (*§ 2. J. qu. mod. re contr. 3, 14*), da der Commodatar zu keiner Vergütung, sondern eben nur zur pfleglichen Benutzung und bez. Bewahrung, sowie endlich zur Rückgabe der Sache verpflichtet wird; sie ist oft sehr schwer von der bloßen *concessio precarii* zu unterscheiden, welche dem Empfänger kein obligatorisches Recht auf Gebrauch gewährt und die Zurücknahme ganz von dem augenblicklichen Belieben des *precario dans* abhängig seyn läßt;** Commodat ist es, wenn die Gebrauchsdauer durch die Natur der Sache (z. B. Buch zum Durchlesen, Pferd zum Ritt nach einem Orte: *fr. 5. § 7*; *fr. 23. eod.*) oder ausdrücklich auf gewisse Zeit bestimmt ist (*fr. 17. § 3. eod.; fr. 1. pr. D. de precario 43, 26*). In alter Zeit scheint das Precarium nur bei Immobilien, das Commodat nur bei Mobilien angenommen gewesen zu seyn.

Gegenstand des Commodats kann jede Sache seyn, ein Wirthschaftsbuch, ein Balken, Wagen, Sklave, Pferd (*fr. 5. § 7. 8. 9. 13. 15*; *fr. 17. § 3*; *fr. 22. 23. D. commodati vel contra 13, 6*), auch ein Grundstück (*fr. 1. § 1. eod.*), sowie Consumtibilien: *non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat* (*Ulp. fr. 3. § 6. eod.*) — *Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant* (*Gai. fr. 4. eod.*). Selbst auf das *jus habitationis*† ist der Begriff des Commodats erstreckt worden (*Vivian fr. 1. § 1. eod.*).

Die *actio commodati directa* des *commodans* geht auf Restitution und Schadensersatz in der Regel selbst wegen *culpa levis*†† (*fr. 5. § 2. eod.* — während der Precarist nur für *culpa lata* haftet: *fr. 8. § 3. D. de prec. 43, 26*); *si damnum fatale contigit, non tenebitur, nisi forte cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit* (*Ulp. fr. 5. § 4. D. commod.*). Die *actio comm. contraria* des *commodatarius* geht auf Ersatz etwaiger erheblicher außerordentlicher Auslagen und erlittener Schäden: *veluti de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendique ejus causa factae essent; nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset; sed et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad majores impensas pertinere debet; modica enim impendia, verius est, ut sicut cibariorum ad eundem pertineant. Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est* (*Gai. fr. 18. § 2. 3. D. eod.*).

§ **677**] III. *Depositum,* **Hinterlegungs- oder Aufbewahrungsvertrag** ist Uebergabe einer Mobilie an Jemand zur Obhut und

---

*) s. oben Cursus § 596. **) s. oben Cursus § 514. 515. †) s. oben Cursus § 537. ††) s. oben Cursus § 615.

mit Verpflichtung zur alsbaldigen Restitution *in eadem specie* auf Verlangen des Gläubigers. Dieser Vertrag zwischen *deponens* (*s. depositor*) und *depositarius* unterscheidet sich von der *locatio conductio* durch Unentgeltlichkeit, gleich dem Commodat, und von diesem durch den vorwiegenden Vortheil des Deponenten und dessen beliebiges Rückforderungsrecht; in ein Mandat* geht es über, wenn außer der bloßen Obhut noch besondre Mühwaltung übernommen wird, *quia plenius est mandatum, habens et custodiae legem* (*Ulp. fr. 1. § 11. 12. D. depositi vel contra 16, 3*), und ohne solches Plus (Verwaltung) ist die Obhut eines Grundstücks eben nie zu denken. — Das Depositum gilt als eine besondere Vertrauenssache, daher ein Depositar, der sich verurtheilen läßt, infam** wird (*Gai. 4, 182; contractus sanctus*); dennoch darf der Depositar einem Dritten die Sache anvertrauen ohne Verantwortlichkeit für denselben, wenn er nur bei dessen Auswahl nicht dolos verfuhr (*fr. 16. D. eod.*).

Die *actio depositi directa* des Deponenten geht auf Restitution und Schadensersatz wegen *dolus* und *culpa lata;* wenn aber die Uebernahme des Depositum ein Act der Nothhülfe gewesen, gegen den Treulosen selbst auf das Doppelte des Werthes (s. g. *depositum miserabile* d. h. *depositum propter imminens periculum ex causa tumultus, incendii, ruinae, naufragii*); *merito has causas deponendi separavit Praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem; cum vero exstante necessitate deponat, crescit perfidiae crimen, et publica utilitas coërcenda est, vindicandae reipublicae causa; est enim inutile, in causis hujusmodi fidem frangere* (*Ulp. fr. 1. § 2. 4. D. eod.*). Die *actio dep. contraria* des Depositars geht auf Ersatz aller Auslagen und Schäden (*fr. 5. pr. fr. 23. eod.*).

§ **678**] Besondere Arten des Depositum sind: 1) das s. g. *depositum irregulare* d. h. Anvertrauung fungibler Werthstücke mit der Ermächtigung, statt des *idem* auch *tantundem* zu restituiren (*fr. 25. § 1; fr. 26. § 1. eod.; fr. 31. D. locati 19, 2*). Ein solches ähnelt dem *mutuum* (*fr. 24. eod.*) und überträgt das *periculum rei* auf den Depositar, unterscheidet sich aber dadurch, daß nicht lediglich und schlechthin, sondern nur eventuell *tantundem* bedungen ist, und daher einstweilen, d. h. bis zum Verbrauch, der Deponent noch Eigenthümer bleibt;[6] als Depositum aber ist es des *incrementum usurarum* empfänglich (*fr. 24. 26. cit.*), sowohl der Verzugs- als Conventionalzinsen.

2) *Sequestratio* (*sequestrum*) ist die im solidarischen Interesse Mehrer erfolgende Uebergabe einer Sache an einen Unpartheiischen (*sequester*) unter dessen Verpflichtung zur alternativen Restitution;† *proprie in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur* (*Paul. fr. 6. D. eod.*); der

---

*) s. unten Cursus §. 698. **) s. oben Cursus § 398.
†) Ueber die Natur des Besitzes, welchen der Sequester erhält, s. oben Cursus § 491.

wichtigste Anlaß dazu ist Streitigkeit des Objectes. *Sequester dicitur, qui certantibus medius intervenit, qui apud Graecos ὁ μέσος dicitur, apud quem pignora deponi solent. Quod vocabulum a sequendo factum est, quod ejus, qui electus sit, utraque pars fidem sequatur* (*Isidor. Etymol. 10, 260;* dazu *Fest. v. Sequester; Gell. 20, 11; Mod. fr. 110. D. de V. S.*) — *Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem nonnisi plures deponere possunt; nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur, itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures deponunt* (*Florentin. fr. 17. D. eod.*). Es sind „die Fälle, wo die Veranlassung zur Sequestration in einem Streit über das Recht an der fraglichen Sache lag, von denjenigen zu sondern, wo die Sequestration einen anderen Grund hatte. Die Fälle der ersten Art trennen sich wieder, je nachdem die Entscheidung des Rechtsstreits dem Sequester selbst als Schiedsrichter übergeben ist oder im Wege förmlichen Processes erfolgen soll. Im letzteren Fall (s. g. *sequ. necessaria*) dient die Sequestration entweder dazu, das processualische Verfahren vorzubereiten und einzuleiten, oder aber sie tritt in einen schon anhängigen Proceß geradezu an die Stelle bestimmter processualischer Cautionen, welche auf Befehl des Richters bestellt zu werden pflegen."[7] Wo der Sequester zugleich die Entscheidung übernimmt, verbindet sich mit dem Depositum ein *receptum arbitrii*, aber auch sonst kann die Sequestration über die Grenzen des Depositum hinausgehen, z. B. wenn der Sequester zugleich den Auftrag übernimmt, die Sache zu verkaufen, um dann den Erlös Einem der Auftraggeber herauszugeben (*fr. 9. § 3. D. de dolo 4, 3*): solchenfalls geht das Verhältniß in ein *mandatum* über.[8] Die Klage ist die *actio depositi sequestraria* (*fr. 5. § 1. D. depos. 16, 3; fr. 9. § 3. cit.*), bez. die *actio mandati;* wo das Verhältniß gemischt ist, die *actio praescriptis verbis* (*fr. 9. § 3. cit.*), und wofern dem Sequester eine Remuneration ausgesetzt wäre (ein in den Quellen nicht erwähnter Fall), die *actio conducti;* dem Sequester steht die *actio contraria* oder *locati* zu. Der einmal übernommenen Verpflichtung kann sich der Sequester nicht ohne Weiteres entledigen: *plerumque non est permittendum, officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, nisi justissima causa interveniente; et quum permittitur, raro ei res restituenda est, qui venit, sed oportet eam arbitratu judicis apud aedem aliquam deponi* (*Ulp. fr. 5. § 2. D. depos. 16, 3*; dazu *fr. 1. § 37 eod.*).

§ **679**] IV. *Pignus s. contractus pigneraticius*, Faustpfandvertrag oder Versatzgeschäft ist Uebergabe der zur Sicherung eines Gläubigers bestimmten Sache an diesen unter der Verpflichtung zur Restitution *in eadem specie*, sobald Befriedigung erfolgt ist (*fr. 9. § 3. 5. D. de pigner. act. 13, 7; § 4. J. quib. mod. obl. contr. 3, 14*). Der Contract dient dem Vortheil des zur eventuellen Rückgabe Verpflichteten, daher die *actio pigneraticia directa* gegen ihn sich auf den Fall der *culpa levis* erstreckt (*fr. 13. § 1. D. eod.*); übrigens kann für denselben die *actio pign. contraria* begründet werden: *si necessarias im-*

pensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebo; finge enim, medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse, item insulam fulsisse et postea deustam esse, nec habere, quod possem retinere (*Pomp. fr. 8. pr. D. eod.*).

Diese durch den Realcontract begründete Obligatio geht neben dem Schuldverhältniß, durch welches jene veranlaßt ist,* und neben dem durch das *pactum hypothecae* dem Inhaber gewährten dinglichen Recht am Faustpfand her. Forderungsberechtigt aus dem Realcontract ist, wer das Faustpfand gegeben hat, sei es der Schuldner des zu sichernden Schuldverhältnisses selbst, oder irgend ein Dritter, welcher als Intercedent** seine Sache eingesetzt hat.

Literatur: 1) Dietzel d. *Senatusconsultum Macedonianum* (Leipz. 1856). — 2) Schilling Institut. III. S. 243 Anm. h. — 3) Vergl. Müller Institut. § 114. Anm. 3. u. Ihering Geist d. R. R. II. S. 351. 383. — 4) Ueber d. Frage, ob die Römer Assecuranzen hatten, s. Hugo i. s. civilist. Magazin II. S. 125—133. u. Glück's Commentar Thl. XXI. S. 207 ff. — 5) Schilling III. § 269. Zusatz 1. — 6) Abweichend Müller Institut. §. 114. S. 328. Vergl. dazu Schilling III. § 274. — 7) Th. Muther Sequestration u. Arrest im R. R. (Leipz. 1856) S. 63; dazu S. 45. — 8) Ders. S. 48. 116 ff. Schilling III. § 275.

XXXVIII. Kapitel.

4. Obligationen aus Consensualcontracten.

§ 680] Unsere Betrachtung tritt in den Kreis derjenigen Schuldverhältnisse ein, welche sich jederzeit als die Hauptfactoren des Vermögensverkehrs erweisen werden. Dieselben sind zugleich diejenigen, an welchen die individuellsten Falten des Güterlebens sich aufthun, und die Intention der Contrahenten oft so mannichfaltig und eigenthümlich sich gestaltet, daß selbst die menschliche Rede, so beweglich sie auch ist, den verborgenen Geschäftswillen schwer erreicht und erschöpft; im Gefühl der Unzulänglichkeit des *id quod dictum est*, haben daher die Römer hier das *id quod actum est* zur unbeschränkten Anerkennung gebracht (*fr. 6. § 1. D. de contr. emt. 18, 1*), den Geist vom Buchstaben und von jeglichem sinnlichen Element emancipirt und das neue Princip vor Allem auch auf den Eingehungsact selbst angewendet: *nudus consensus* soll genügend und bei etwaigen Zweifeln und Lücken das *arbitrium boni viri* ergänzend nachhelfen: *Inprimis sciendum est, in hoc judicio id demum deduci, quod praestari convenit; cum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est; quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate* (*Ulp. fr. 11. § 1. D. de act. emti 19, 1*).

Unter den vier Consensualcontracten gesellen sich je zwei zu einan-

*) s. oben Cursus § 581. **) s. oben Cursus § 466 sub c.

der: die eine Gruppe bilden die *emtio venditio* und *locatio conductio.* Dieselben sind der bezeichnende Ausdruck einer neuen wirthschaftlichen Stufe des Güterlebens, denn sie beruhen auf der Voraussetzung des Auf- und Gegenübertretens des Geldes als eines besonderen Factors, welcher der gesammten naturalen Güterwelt das Gleichgewicht zu halten sucht (*fr. 2. pr. D. locati 19, 2; fr. 1. pr. D. de rer. permut. 19, 4*). Was ein Mensch an Vermögenswerth überhaupt einem anderen zu leisten im Stande ist, kann seine Ausgleichung in Geld finden, und das Geld erleichtert dadurch den Austausch der Werthe und die Bewegung der Gütermassen. Was aber so für Geld hingegeben werden kann, ist entweder eine Sache, welche vom Einen an den Anderen veräußert wird, oder aber der aus gewissen Eigenschaften und Kräften einer Sache oder eines Menschen fließende Gewinn und Nutzen, welcher vom Einen dem Anderen überlassen wird: jenes Rechtsgeschäft ist die *emtio venditio,* dieses die *locatio conductio.* Beide beruhen auf naturgemäßer Abwägung der beiderseitigen Interessen und auf dem Gedanken, daß Jeder der Beiden soviel an Werth aufgeben, als dagegen empfangen will. Sie berühren einander oftmals (vergl. auch *fr. 19. 20. D. de act. emti 19, 1; fr. 22. § 3. D. locati 19, 2*), und die Grenzlinie ist nicht immer leicht zu finden (*fr. 65. D. de contr. emt. 18, 1*); im vulgären Sprachgebrauch wurden *venditio* und *locatio* nicht selten vermischt gebraucht[2] (*Fest. v. venditiones*), in gewissen Fällen stritten die Schulen, ob Kauf oder Miethe (*fr. 2. § 1. D. locati 19, 2*), und in einem Falle entschied erst Kaiser Zeno, daß weder Kauf, noch Pacht sei (*contractus emphyteuticarius*).* — Auch haben sie eine in gewissen Punkten gemeinsame Geschichte. Beiderseits angedeutet in der Sitte gegenseitiger Stipulationen mit *clausula doli,* haben sie zusammen die Fessel der *verborum figura* gesprengt, um dem inneren Geschäftswillen volle Herrschaft zu geben und Contrahirung *inter absentes* zu ermöglichen (*fr. 1. § 2. D. de contr. emt. 18, 1*). Schien anfangs der *emtor*, wie der *conductor* die Initiative zu haben, so trat dann die Speculation des feil haltenden Verkäufers wie des anbietenden Verpachters in den Vordergrund, er entwarf die *lex contractus,* und namentlich zeigt sich beim Kauf, der immer mehr die Natur des Handelskaufs an sich nahm, wie der, welchem die Geldvergütung zukommt, aufs Korn zu nehmen sei, strenger haften müsse und das Interpretationsrisiko habe; das Aedilicische Edict und Labeo scheinen hier entscheidend gewesen zu seyn (*fr. 21. D. de contr. emt. 18, 1*).

Die andere Gruppe umfaßt die *societas* und das *mandatum.* Beiden wohnt eine gewisse Vertrauensrücksicht inne, durch welche sie ein im engeren Sinn persönliches Gepräge erhalten und vor allen regelmäßigen Schuldverhältnissen das voraus haben, daß die Verbindlichkeit nicht vererblich ist, daß sie innerhalb gewisser Grenzen freier Kündbarkeit unterliegen, bez. auch daß, wer sich hier mit einem Ande-

*) s. den III. Theil.

ren einläßt, eben das Individuum nehmen muß, wie es ist, und daher den Maßstab der *culpa in concreto** sich gefallen lassen muß.

Die Verträge der ersteren Gruppe ziehen gleichsam die zwei starken und massiven Grundlinien im Getriebe des Güterlebens, während die Verträge der zweiten Gruppe den leichten Linien der Arabeske ähnlich sich zwischen durch und hin und her in feineren und kühneren Verschlingungen entwickeln; jene immer nur den reellen Interessen der Wirthschaft, diese gern auch den idealen Zwecken der menschlichen Gesellschaft, kleinerer wie größerer Kreise, dienend.

§ **681**] I. *Emtio venditio*, Kaufvertrag,[1] d. h. Uebereinkunft über Leistung einer Waare (*merx*) gegen Geldvergütung (Preis, *pretium*). Der Abschluß kann Verkauf aus freier Hand seyn, d. h. aus Verhandlung mit dem einzelnen Kauflustigen hervorgehen, oder im Wege der Versteigerung (*licitatio, auctio, subhastatio*) d. h. in der Weise geschehen, daß das Verkaufsobject öffentlich und zum Zwecke der Concurrenz mehrer Kaufliebhaber ausgeboten, deren Preisangebot erwartet wird, und bez. auf das vortheilhafteste Angebot Zuschlag erfolgt.** Letzterer Weg ist für gewisse Fälle vorgeschrieben (*l. 1—3. C. si in causa jud. pign. 8, 23*).†

Als Verkaufsgegenstände sind vor Allem Mobilien zu denken; Grundstücke eignen sich weniger zu raschem Umsatz und sind nie in größerer Anzahl feil, ebenso kommen bei Sklaven leicht menschliche Rücksichten mit ins Spiel, welche der Käuflichkeit hinderlich sind (vergl. dazu *fr. 44. pr. D. de aedil. ed. 22, 1*): demgemäß pflegten die Römer unter *merx* weder Grundstücke noch Sklaven zu begreifen (*fr. 66. 207. D. de V. S.; fr. 1. § 1. D. de tribut. act. 14, 4*), doch können sie Gegenstand des Kaufs seyn, ja Sklaven spielen sogar als Kaufobjecte im ädilicischen Edict eine bedeutende Rolle (*Gell. N. A. 4, 2; fr. 1. § 1. D. de aedil. ed. 21, 1*). Außer körperlichen Werthstücken werden in den Quellen auch Servituten, Forderungen und Erbmassen genannt; ungültig ist der Verkauf einer künftigen Erbmasse, wenn der Herr derselben zur Zeit der Uebereinkunft noch lebt, also namentlich auch der Verkauf der eignen künftigen Hinterlassenschaft.[3] Verkauf einer Sache, die noch nicht existirt (*venditio rei futurae, speratae*, z. B. *fructus*) ist ein bedingtes Geschäft, d. h. abhängig von der Entstehung der Sache (*fr. 8. pr. D. de contr. emt. 18, 1*) und dadurch unterschieden von der *emtio spei*, bei welcher der Käufer das Risiko übernimmt, z. B. *spes piscationis, hereditatis* (*fr. 12. D. de act. emti 19, 1; fr. 11. D. de her. vend. 18, 4*); *cum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis* (den Ertrag einer Waldumstellung) *a venatore, vel pantheram* (gesammten Netzfang) *ab aucupe; etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit* (*Ulp. fr. 11. § 18. i. f. D. de act. emti 19, 1*).

Wie ohne Waare, so kann auch ohne Preis (*pretium*) kein Kauf-

*) s. oben Cursus § 614. 615. **) Ueber Abschluß und Perfection in diesem Fall s. die Pandektenvorträge. †) s. oben Cursus § 571.

geschäft gedacht werden; Preis im eigentlichen Sinn aber ist eine baare Geldsumme: *pretium in numerata pecunia consistere debet* (*Gai. 3, 141*), denn das gerade unterscheidet den Kauf von ähnlichen Geschäften, namentlich dem Tausch (*Paul. fr. 1. § 1. D. de contr. e. 18, 1* und *fr. 1. pr. D. de rer. permut. 19, 4*), und der Preis muß bestimmt (*certum pretium*) seyn, weil Geld überhaupt ein zu unbestimmter Werth ist, als daß ohne Quantitätsbestimmung eine bindende Uebereinkunft denkbar ist, doch ist das Geschäft gültig, sowohl 1) wenn, statt einen Preis in Bausch und Bogen (*universaliter uno pretio s. per aversionem*) auszuwerfen, der Gesammtbetrag des Preises sich durch die erst vorzunehmende Ermittelung der Waarenquantität bestimmen soll (*venditio ad mensuram: fr. 35. § 5. D. de contr. e. 18, 1*); als auch 2) wenn die Preisnormirung in eines bestimmten Dritten (*arbiter*) Ermessen gestellt ist, wenigstens scheint seit Proculus und Cassius dies angenommen worden zu seyn (*Gai. 3, 140*). — Sowohl in diesen Fällen, als auch dann, wenn der Vertrag auf Suspensivbedingung gestellt, z. B. von Prüfung und Approbation des Käufers abhängig gemacht ist (*emtio ad gustum*[4]*: fr. 34. § 5. D. eod.*), geht das *periculum* (*interitus* und bez. *deteriorationis*) nicht schon mit Abschluß (*celebratam s. contractum negotium*), sondern erst mit Erledigung der Pendenz (*perfectum negotium: fr. 7. pr. D. eod.*) auf den Käufer über* (*fr. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. 18, 6; § 3. J. de emt. et vend. 3, 23*).

§ 682] *Obligatio ex emto vendito.* 1) Der Verkäufer hat die *actio venditi* darauf, daß ihm gegen Lieferung der Waare der bedungene Preis sofort und mit der Wirkung der Eigenthumsübertragung der Geldstücke geleistet (*fr. 11. § 2. D. de act. emti 18, 6; fr. 1. pr. D. de rer. permut. 19, 4; § 3. i. f. J. de usuc. 2, 6*), bez. der rückständige Preis verzinst werde (*Paul. Sent. rec. 2, 17. § 9; Vat. fragm. § 2; fr. 13. § 20. D. de a. e. 19, 1*), und wenn er inmittels auf die verkaufte Sache *impensae necessariae* oder *utiles* gemacht oder wegen der Sache unabweisliche Verbindlichkeiten übernommen hat, daß ihm jene ersetzt, diese abgenommen werden (*fr. 13. § 17.* [*verb. sed ita etc.*] *22; fr. 38. § 1. D. de act. emti 19, 1*). — Der Verkäufer kann bei Abschluß des Kaufs den Preis creditiren (gestunden), und zwar ausdrücklich oder stillschweigend; wird aber, ohne daß dies geschehen, die Waare tradirt, so bleibt der Verkäufer deren Eigenthümer, bis er wegen des Preises völlig befriedigt ist: *Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione* (*Pomp. fr. 19. D. de contr. emt. 18, 1; § 41. J. de rer. div. 2, 1*).

2) Es kann bedungen seyn, daß der Verkäufer das Eigenthum der *merx* zu gewähren habe; außerdem aber hat er nur dafür einzustehen, daß der Käufer die Sache unangefochten (ungestört und ungeschmälert) behalte, so daß er alle Rechte eines Eigenthümers an ihr

---

*) s. oben Cursus § 463 sub 1 (S. 351) und § 611 a, E.

ausüben kann (*praestare, ut rem emtori habere liceat*): *Qui vendidit, necesse non habet, fundum emtoris facere: ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit* (*Ulp. fr. 25. D. eod.*) — *Venditor hactenus tenetur, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* (*Afric. fr. 30. § 1. D. de act. emti 19, 1*). Es ist das offenbar eine Begünstigung des Waarenumlaufs im Handel und Wandel.[5] Demgemäß geht die *actio emti* des Käufers darauf, a) daß gegen Leistung des Preises die Waare in freiem Besitzstand übergeben werde (*vacuae possessionis traditio: fr. 11. § 2. D. eod.; fr. 2. § 1; fr. 3. pr. eod.*); zur Sache gehört aber nicht nur deren Zubehör, sondern auch was seit Perfection des Kaufs der Sache abgewonnen ist (*fr. 7. pr. D. de peric. rei vend. 18, 6; fr. 13. § 10. 13. 18. D. de act. emti 19, 1*); *nisi ideo dies traditionis e pacto prorogatus est, ut ad venditorem operae servi pertinerent* (*Ulp. fr. 13. § 18. cit.*); b) daß, wenn die tradirte Waare oder ein Recht daran dem Käufer durch einen Dritten, und zwar aus einem beim Kaufabschluß bereits vorhandenen Rechtsgrunde entwährt d. h. abgestritten wird (*res evincitur*), dafür Gewähr d. h. voller Schadensersatz geleistet werde (*evictionis s. auctoritatis praestatio*).*

§ 683] Zu a). Gleichwie der Verkäufer nur gegen die Waare den Preis fordern kann[6] (*fr. 25. D. de a. e. 19, 1; fr. 5. § 4. D. de doli exc. 44, 4*), so der Käufer nur gegen den Preis die Waare, denn der Kauf ist in seiner natürlichen Gestalt ein Ausgleich des Gebens und Nehmens, d. h. ein Geschäft Zug um Zug (*exceptio doli: exc. mercis non traditae, non adimpleti contractus*)[7]: *offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit* (*Ulp. fr. 13. § 8. D. de a. e. 19, 1*). Auch hiervon bildet der Creditverkauf eine Ausnahme.

Da die verkaufte Waare schon vor der Tradition im Grunde zum Vermögen des Käufers gehört, so hat der Verkäufer sie mittlerweile *quasi rem alienam* zu behandeln (*fr. 54. pr. D. eod.*), namentlich Obhut zu leisten: *si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerit; si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem (furti) exhibeat emtori* (*Gai. fr. 35. § 4. D. de contr. e. 18, 1;* dazu *fr. 14. pr. D. de furtis 47, 2*); nur wenn der Verkäufer noch ausdrücklich für *custodia* einzustehen erklärt hat, haftet er auch für unverschuldetes Abhandenkommen (fremde Gewalt ausgenommen: *fr. 31. pr. D. de a. e. 19, 1; § 3. J. de emt. et vend. 3, 23*).

§ 684] Zu b) Der Verkäufer bleibt hinter seiner Verbindlichkeit zurück, wenn Eviction erfolgt;[8] es wird aber solchenfalls nicht angenommen, daß dem Verkäufer die Erfüllung unmöglich sei, denn das

*) Ueber Evictionspflicht in anderen Schuldverhältnissen, als dem Kauf, s. die Pandektenvorträge.

würde dazu führen, daß einfach der Preis wegfalle, bez. zu restituiren sei,* sondern dem Verkäufer wird ein Surrogat der Erfüllung angesonnen, der Art, daß er dem Käufer den Werth der Vermögensvortheile ersetzen muß, welche derselbe ohne die Eviction hätte: hierauf geht der durch die Natur des Kaufs an sich gewährte Evictionsanspruch. „Ueberall wo eine Evictionsleistung besteht, hat die Eviction des Geleisteten die Bedeutung, daß sie den Schein zerstört, als ob die geschehene Leistung Erfüllung der dem Leistenden obliegenden Verbindlichkeit gewesen wäre. Die Klage wegen Eviction ist die Klage wegen Nichtleistung, auf Leistung. Die Eviction ruft keine neue Klage ins Leben, sondern beseitigt nur den Schein der Erfüllung, der eine Zeit lang der ursprünglichen Klage auf Erfüllung im Wege stand. Das Rechtsverhältniß nach durchgeführter Eviction läßt sich daher dem Rechtsverhältniß bei eingetretener Mora des Schuldners vergleichen ... er hat aber zudem unter dem Scheine der schuldigen Leistung eine andere Leistung gemacht, die er nicht schuldete; dadurch hat er dem Gläubiger einen gewissen nicht geschuldeten Vortheil gewährt, zugleich aber denselben in die Unmöglichkeit versetzt, so lange der Schein richtiger Leistung bestand, die wirklich geschuldete Leistung einzufordern, außerdem auch in die Unbequemlichkeiten des Evictionsprocesses ihn verstrickt."[9] Diesen Gedanken des Nichterfülltseyns hat schon Labeo ausgesprochen (*non videtur dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis: fr. 29. § 3. D. de legat. III*) und Javolen bestätigt (dazu *fr. 3. pr. D. de a. e. 19, 1*). Demgemäß hat Verkäufer aa) den Werth des Evincirten zu ersetzen, welchen dieses nach dem Kaufabschluß bei dem Käufer gehabt hat: *actor consequatur, scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii deminuat vel excedat* (*Pap. fr. 66. § 3. D. de evict. et duplae stipul. 21, 2*) — *sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emtorem effectus sit, quum evincitur* (*Paul. fr. 45. pr. D. de a. e. 19, 1*); bb) überhaupt alles übrige Interesse zu leisten: *emti judicium non pretium continet tantum, sed omne, quod interest emtoris, non evinci* (*Paul. fr. 43. D. de a. e. 19, 1;* dazu *fr. 8. 70. D. de evict. 21, 2; l. 23. C. de evict. 8, 45*).

Der Evictionsanspruch entsteht auch ohne besondere Verabredung: *in vendendo fundo quaedam, etiamsi non condicantur, praestanda sunt, velut ne fundus evincatur, aut ususfructus ejus; quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam, iter praestatu iri* (*fr. 66. pr. D. de contr. e. 18, 1;* dazu *l. 6. C. de evict. 8, 45*); doch konnte der Käufer verlangen, daß ihm noch besonders Evictionsleistung promittirt werde (*stipulatio de evictione s. auctoritatis*): *ex emto actio est, ut habere licere emtori caveatur* (*Nerat. fr. 11. § 8. D. de a. e. 19, 1; fr. 13. § 3. D. de jurejur. 12, 2*). Es war aber unter den Römern, namentlich bei allen erheblichen Käufen (s. g. *duplariae venditiones* im Gegensatz der *simplariae*) sehr gewöhnlich, das eventuelle Evictionsinteresse von vorn herein zu

*) s. oben Cursus § 611.

fixiren und im Wege des Nebenvertrags,* meistens durch Pönalstipulation auf das Doppelte des Preises der Hauptsache zu stellen: s.g. *duplae stipulatio s. cautio. Quod autem diximus, duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemtibile veneat. Per Edictum aedilium curulium etiam de servo cavere venditor jubetur* (*Ulp. fr. 37. § 1. D. de evict. 21, 2*).[10] Dabei scheint nicht selten noch ein Bürge gestellt worden zu seyn, der hier *auctor secundus* hieß (*Ulp. fr. 4. pr. eod.*).

§ 685] Die Haftung für fehlerhafte Beschaffenheit der Waare und das Aedilicische Edict.** Wegen etwaiger Fehler der Sache (*vitia mercis*) wurde zur Wahrung des Interesses gleichfalls häufig stipulirt, auch wohl, namentlich im Sklavenhandel, *duplae stipulatio* interponirt (*fr. 31. § 20; fr. 44 i. f.; fr. 58. § 1. D. de aedil. Ed. 21, 1*); nach dem Aedilicischen Edict konnte der Verkäufer zu solcher *repromissio* sogar genöthigt werden (*fr. 28. eod.*): als (einfach oder doppelt zu veranschlagendes) Interesse galt die Differenz, um wie viel weniger die Sache nun dem Käufer werth war (*fr. 13. pr. D. de a. e. 19, 1*), oder im Falle absichtlicher Fehlerverschweigung der Betrag sämmtlicher Schäden (*fr. 45. D. de contr. emt. 18, 1*). Die *actio ex stipulatu* griff erst Platz, wenn der Nachtheil bereits verwirklicht war (*fr. 4. pr. D. de a. e. 19, 1*).

Abgesehen von Stipulation war die einfache *actio emti* des Civilrechts, welche auf das *id quod interest* ging, immer statthaft, wenn die Fehler vom Verkäufer doloser Weise versteckt oder verschwiegen waren (*fr. 37. D. de dolo malo 4, 3; fr. 15. i. f. D. de peric. rei v. 18, 6; fr. 38. § 7. D. de aed. Ed. 21, 1*); ja nach der späteren Praxis wurde sie selbst auf Grund der Vorschriften des ädilicischen Edicts zugelassen, wenn der Käufer sie den ädilicischen Klagen vorzog oder diese hatte erlöschen lassen.

Unbedingten Schutz gewährte nämlich das Marktedict der curulischen Aedilen,[11] welches dem Verkäufer — auch ohne Stipulation oder Dolus — sogar für Fehler, die ihm selbst nicht bekannt gewesen, Haftung auferlegte (*fr. 1. D. eod.*), vorausgesetzt, daß diese Fehler nicht erst nach dem Kaufabschluß entstanden (*fr. 54. eod.*); auch blieben *vitia levissima* (*fr. 1. § 8. eod.*) und *omnibus apparentia* (*fr. 14. § 10. eod.*) von der Haftung ausgeschlossen. Nur bei geringfügigen Verkäufen (*simplariae venditiones: fr. 48. § 8. eod.*) und bei Verkäufen unkörperlicher Gegenstände, mit Ausnahme des *ususfructus rei*, sollte die Haftung überhaupt nicht eintreten (*Edictum cessabat: fr. 48. § 6. eod.; fr. 74. § 3. D. de evict. 21, 2*). — Uebrigens sind in der Regel nur körperliche (*vitia corporalia*), nicht auch Gemüths- und Temperamentsfehler (*vitia animi*) zu vertreten, es müßten denn dieselben unmittelbare Folge eines körperlichen Fehlers, oder

*) Ueber andere Nebenverträge beim Kauf s. die Excurse zu diesem Kapitel No. III.
**) s. die Excurse zu diesem Kapitel No. II.

aber so bedeutend seyn, daß sie die Brauchbarkeit wesentlich beeinträchtigen (*fr. 4. § 1—4. D. de aed. Ed. 21, 1*); solche Fehler waren bei Sklaven Neigung zum Ausreißen und Vagabundiren (*fugitivus, erro*) und Stößigkeit bei Ochsen (*fr. 14. § 13—17; fr. 43. § 1—3. eod.*).

Die ädilicischen Klagen, welche dem Käufer, und zwar regelmäßig electiv, zu Gebote standen, waren 1) die *actio quanto minoris s. aestimatoria** (Würderungs- oder Minderungsklage), welche auf bloße Preisminderung geht und in einem *annus utilis* verjährt (*Paul. Sent. rec. 2, 17. § 5; fr. 38. pr. D. eod.*); 2) die *actio redhibitoria* (Wandelklage), welche auf Rescission des Kaufs geht und bereits nach sechs (in einigen Fällen sogar nach zwei) *menses utiles* erlischt (*fr. 21. pr.; fr. 23. § 7. eod.*); *facta redhibitione omnia* [*quodammodo: fr. 23. cit.*] *in integrum restituuntur, perinde ac si neque emtio neque venditio intercessit* (*Paul. fr. 60. eod.*). — Hat Käufer den Preis noch nicht entrichtet, so kann er den bezeichneten Erfolg auch durch Vorenthaltung des Preises im Wege der *exceptio* erreichen (*fr. 41. 59. pr. eod.*).

§ **686**] II. *Locatio conductio*,[12] Verdingung,** d.h. Uebereinkunft über Gewährung von Sach-Benutzung oder Leistung von Diensten gegen Geldvergütung (*merces*). In diesem Römisch-rechtlichen Begriff fassen sich die verschiedenartigsten Erscheinungen des gewöhnlichen Lebens zusammen, welche im Deutschen bald als Miethe (Ver- und Abmiethung: Verdingung zum Gebrauch: Wohnungen, Gärten, Pferde, Bücher, Menschen), bald als Pacht (Ver- und Abpachtung: Verdingung zum Fruchtgenuß: Aecker, Teiche, Wälder, Wiesen) bezeichnet werden, und wobei die Geldvergütung bald Zins (Mieth- und Pachtzins), bald Lohn (Arbeits- und Dienstlohn) genannt wird. So ähnlich auch in Vielem die *locatio* der *venditio* ist,† so unterscheidet sie sich†† doch wesentlich von ihr dadurch, daß sie nicht, wie diese, eine Veräußerung des Vertragsobjects enthält: *Non solet locatio dominium mutare* (*Ulp. fr. 39. D. locati conducti 19, 2*) — *Totiens conductio alicujus rei est, quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu ejusdem manet, quotiens vero et immutatur et alienatur, emtio magis quam locatio intelligi debet* (*Javol. fr. 65. D. de contr. emt. 18, 1*). Immer handelt es sich bei der *locatio conductio* nur um einen Genuß, welchen der *conductor* haben soll von dem, was der *locator* ihm behufs dessen zu Gebote stellt. So verschiedenartig aber dieser Genuß seyn kann, haben doch die Römer immer vorzugsweise den einen Grundunterschied herausgehoben, daß es eine Sachverdingung (*locatio rei*) und eine Selbstverdingung (*locatio operarum*, Lohnvertrag: dazu *Paul. Sent. rec. II, 18. § 1.*) gibt: wir können sie auch als Sachmiethe (einschließlich Pacht) und Arbeitsmiethe bezeichnen, welchen Kategorien die Ausdrücke: Zins und Lohn entsprechen; doch müssen wir dabei festhal-

---

*) Zu unterscheiden von der *a. aestimatoria* aus dem Trödelvertrag (s. unten § 713.).

**) Zur Befriedigung des Bedürfnisses, einen allgemeinen Ausdruck dafür *locatio conductio* zu haben, eignet sich weder Pacht noch Miethe; ich schlage daher dafür das alte und ehemals sehr weitsinnige Wort Verdingung vor.

†) s. oben Cursus § 680.

††) Ueber gemischte Fälle, vergl. die Excurse zu diesem Kapitel No. IV.

ten, daß die Verdingung eines Sklaven nach Römischen Begriffen nicht *operarum*, sondern *rei locatio* war (s. jedoch *fr. 4. pr. D. de usu 7, 8*). Die Unterscheidung der Sachverdingung in Miethe und Pacht, je nachdem *uti* oder *frui* der Hauptzweck ist, kommt in der Römischen Terminologie nur durch die (übrigens nicht constante) Bezeichnung des *conductor* als *inquilinus*[13] (*aedificium*) und *colonus* (*ager*) zu Tage.

Wie *locatio conductio*, so ist auch *merces* allgemeiner Ausdruck; zuweilen wird dafür *pretium*, für gewisse Fälle auch *manupretium, pensio, locarium, salarium, vectura, naulum* (Fährgeld)[14] gesagt. Unter *mercenarius* pflegt aber nicht jeder *locator*, sondern nur *qui operas suas locavit*, und besonders bei häuslichen oder wirthschaftlichen Diensten, genannt zu werden (*Cic. de off. 1, 13; fr. 11. § 1. D. de poen. 48, 19; fr. 89. D. de furt. 47, 2*); auch für vermiethete Sklaven kommt dieser Ausdruck vor (*Cic. pr. Caec. 20. 22; fr. 5. § 11. D. quod vi aut clam 43, 24*).

Gleich der *venditio* kann die *locatio* 1) sowohl aus freier Hand, als auch im Wege der Versteigerung an den Meistbietenden bez. Mindestfordernden (*elocatio, licitatio: Liv. 39, 44; fr. 9. pr. § 1. D. de publicanis 39, 4*), was aber die Geldvergütung anlangt, die immer eine *certa merces** seyn muß, 2) sowohl unter Vereinbarung der Summe, als auch unter Hinweis auf eines bestimmten Dritten Arbitrium (*Gai. 3, 143; fr. 25. pr. D. locati 19, 2*), und 3) sowohl als Bauschverdingung (*aversione s. uno pretio*) als auch als Stück- oder Tageverdingung geschlossen werden (z. B. *navis locatio pro numero amphorarum impositarum: Labeo fr. 10. § 2. D. de lege Rhod. 14, 2; conductio operis in pedes mensurasve: Florent. fr. 36. D. locati 19, 2*, oder *in singulos dies: Javol. fr. 51. § 1. eod.*). *Relocatio* (*iteratio s. renovatio s. redintegratio locationis: fr. 13. § 11; fr. 14. eod.; fr. 9. D. de publicanis 39, 4*) ist Fortsetzung des Locationsverhältnisses durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Erneuerung des Contracts; bei fruchttragenden Grundstücken gilt *tacita relocatio* immer als auf ein Jahr fortgesetzt (*fr. 13. § 11. cit.*).

§ 687] *Obligatio ex locato conducto.* 1) Der *locator* hat die *actio locati* auf Zahlung der *merces* nach vollendetem Genuß, bez. bei längerem Andauern des Verhältnisses in den verabredeten Terminen (*postnumerando*); Pränumeration kann er nur im Fall besonderer Uebereinkunft verlangen, und er muß sich Kürzung (*remissio*) der *merces* gefallen lassen, wenn durch, die dienende Sache oder Person treffende, Unfälle dem *conductor* der Genuß dann unmöglich geworden oder beträchtlich geschmälert ist (*fr. 19. § 6; fr. 30. § 1. eod.; fr. 25. § 6; fr. 27. § 1. eod.*), vorbehaltlich der Ausgleichung mit Jahren reicher Ernte beim Pacht (*fr. 15. § 4. eod.*).

2) Der *conductor* hat die *actio conducti* auf Gewährung ungestörter und ungeschmälerter Genußmöglichkeit: *Si quis domum vel fun-*

*) Ueber das Verhältniß des s. g. *colonus partiarius* (*fr. 25. § 6. locati 19, 2*) s. die Pandektenvorträge.

dum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur, frui, quod conduxit, licere (*Ulp. fr. 9. eod.;* dazu *fr. 15. § 1; fr. 19. § 5. eod.*). Ist ihm die Sache vorenthalten, die Dienstleistung verweigert worden, ganz oder theilweise, so kann er das Interesse verlangen (*fr. 15. § 8. eod.* und *arg. fr. 72. pr. D. de V. O. 45, 1*); ebenso wenn ihn sonst durch Schuld des Verdingers in Anlaß des Verhältnisses ein Vermögensschaden betroffen hat: *Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata; et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo mala herba nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, si sciisti; si ignorasti, pensionem non petes; et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit* (*Ulp. fr. 19. § 1. D. loc. cond. 19, 2*).

Zur Aufhebung des Verhältnisses der bedungenen Zeit (Aufkündigung) ist a) der *locator* befugt, wenn der *conductor* mit dem Object schlecht umgeht (*fr. 54. § 1. eod.; l. 3. C. de locato et cond. 4, 65*), und diesem Fall steht es gleich, wenn der *operarum conductor* den *locator*, der ihm persönlichen Dienst zu leisten hat, persönlich schlecht behandelt; b) der *conductor*, wenn der *locator* ihm eine erhebliche Zeit hindurch den Sachgebrauch[15] oder die Dienstleistung entzieht oder auch nur beträchtlich verkümmert (*Paul. fr. 24. § 4. D. eod.: quodsi paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit, omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuit; fr. 25. § 2. eod.*).

§ **688**] Die einzelnen Arten der *locatio conductio:* A. Die *rei locatio* kann nicht bloß alle im bürgerlichen Verkehr befindlichen Mobilien und Immobilien, sondern auch nutzbare Rechte, z. B. *habitatio* oder *ususfructus* (*fr. 5. eod.* und *fr. 38. D. de usufr. 7, 1*) zum Gegenstand haben; die Verpachtung einer ganzen Besitzung mit allen anklebenden Gerechtsamen heißt bei Neueren *admodiatio*.[16] Die *conductio rei propriae* ist ein wirksamer Vertrag, wenn das Nutzungsrecht an derselben eigentlich dem *locator* zusteht (*fr. 28. 37. D. de acq. poss. 41, 2;* dazu *fr. 45. pr. D. de R. J.*); auch kann der *conductor* an und für sich die gedungene Sache weiter verdingen (*sublocatio*, Aftervermiethung, Afterverpachtung): dann sind der *primus* und *secundus* (*s. posterior*) *locator* zu unterscheiden, und der *subconductor* steht nur mit dem *secundus*, nicht aber mit dem *primus* in Schuldverhältniß (*fr. 24. § 1; fr. 60. pr. D. loc. 19, 2; l. 6. C. eod.*). Anderseits kann der *locator*, falls die Sache unbrauchbar wird, durch Substituirung einer anderen gleich geeigneten sich von der Entschädigungspflicht befreien (*fr. 60. cit.*). Einseitig kann der *locator* kündigen, wenn er das vermiethete Haus dringend selbst braucht (*l. 3. C. cit.*) oder nothwendige Hauptreparatur vornehmen will (*fr. 30. pr.; fr. 35. pr. eod.*); der *conductor* aber, wenn der gemietheten Wohnung Gefahr droht (*fr. 27. § 1. D. eod.*). — Tod eines der Contrahenten ist an sich einflußlos. —

Die öffentlichen Lasten hat der *locator* zu tragen, sowie ihm auch

die nothwendigen und nützlichen Impensen zur Last fallen (*fr. 32. § 6. D. de adm. tut. 26, 7; fr. 15. § 1; fr. 55. § 1. D. loc. 19, 2*), wogegen der *conductor* die Sache mit Sorgfalt zu behüten, pfleglich und contractmäßig zu behandeln hat (*fr. 11. § 2; fr. 25. § 3. eod.*).

Zum Schutz ungehemmten Auszugs aus der Miethwohnung hat der *inquilinus* gegen den *locator*, welcher ihm Sachen zurückhalten will, ein mit der *actio conducti* concurrirendes *interdictum de migrando* (*fr. 1. 2. D. de migrando 43, 22*).

§ **689**] B. Die *operarum locatio* erschien den Römern nicht auf alle Arten menschlicher Thätigkeit anwendbar, sondern nur auf Lohnarbeit, d. h. Arbeit niederen bürgerlichen Werthes (*operae mercenariae s. quae locari solent*), nämlich handwerksmäßige und kunstgewerbliche Leistungen (*Cic. de off. 1, 42; fr. 5. § 2. D. de praescr. 19, 5*), also mit Ausschluß aller Leistungen aus edlerem, insbesondere dem wissenschaftlichen Gebiet (*operae liberales fr. 1. pr. D. de extrao. cogn. 50, 13*), die nur als Mandatsobject gedacht wurden.*

Der *locator* darf ohne Consens nicht einen Stellvertreter sich substituiren, wenn nicht die Persönlichkeit für die Art der Leistung ganz gleichgültig ist. *Celsus putat, eam esse causam operarum, ut non sint eaedem, neque ejusdem hominis, neque eidem exhibentur; nam plerumque robur hominis, aetas, tempus, opportunitasque naturalis mutat causam operarum* (*fr. 26. § 12. D. de cond. ind. 12, 6*). Im Fall erlaubter Vertretung haftet er doch für *culpa in eligendo* (*arg. fr. 21. § 3. D. de negot. gest. 3, 5*). — Das Verhältniß erlischt durch des *locator*, nicht aber durch des *conductor* Tod (*fr. 19. § 8. D. loc. 19, 2*).

§ **690**] Seit Labeo galt als eine besondere Abart der *operarum locatio* der Fall, da nicht einzelne Mühwaltungen, sondern eine complicirte, aber in ein bestimmtes Gesammtziel auslaufende Thätigkeit (*ἀποτέλεσμα, universitas consummationis: i. e. ex opere facto corpus aliquod perfectum: fr. 5. § 1. D. de V. S.*)** von dem, welcher *operae* leisten sollte, übernommen wird, z. B. Errichtung eines Gebäudes, Transport von Menschen oder Waare nach einem Ort: dies hieß *operis conductio s. redemtio* (Werkverdingung), und der Uebernehmende (*redemtor*) wurde hier in der Regel *conductor operis*, der Lohngeber oder Besteller *locator operis* (so auch im Deutschen: Werkverdinger) genannt.[17] Mit diesem Falle ist nicht zu verwechseln die besondere in der *locatio per aversionem*† enthaltene Geschäftsmodalität, welche bereits dem Servius Sulpicius bekannt war (*fr. 35. pr. D. eod.*), und in der Regel, aber nicht immer, mit der *operis conductio* zusammentrifft, denn auch bei dieser kann der Lohn nach Maßgabe der einzelnen Leistungen, bez. des fortschreitenden Werkes vereinbart seyn (*fr. 51. § 1. eod.*).

Im Zweifel kann hier der Lohnempfänger die Arbeit, ganz oder theilweise, auch durch Andere vornehmen lassen (*fr. 48. pr. eod.*), doch haftet er nicht bloß für *culpa in eligendo*, sondern schlechthin für das Ver-

*) s. unten Cursus § 699. **) s. oben Cursus § 333. 443. sub. b. u. Excurse S. 304. 305.
†) s. oben Cursus § 686.

schulden jener (*qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: Gai. fr. 25. § 7. eod.;* dazu *fr. 11. pr.* und *fr. 13. § 1. eod.?*). Falls er zufolge der besonderen *lex operis locandi* die Arbeiten nach Gutdünken und Anweisung des Bestellers auszuführen hat: *tum nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur* (*Javol. fr. 51. eod.*). — Tod Eines der Contrahenten ist einflußlos für das Schuldverhältniß (*arg. l. 13. 15. C. de contr. stip. 8, 38*).

§ **691**] Besondere Modalitäten der Werkverdingung sind: 1) die *conductio operis*, bei welcher der Lohnempfänger gewisse Materialien dazu zu liefern hat, z.B. das Baumaterial, wenn der Besteller nur den Bauplatz, — Farben (*al fresco*) oder Futterstoff, wenn der Besteller nur die Wand oder den Rockstoff hergibt; das Geschäft ist *emtio venditio*, wenn der Besteller gar kein —, der Andere alles Material gibt (*fr. 20. D. de contr. e. 18, 1; fr. 22. § 2. D. loc. 19, 2*). — 2) die s. g. *conductio irregularis* d. h. Uebernahme einer Sache zur Bearbeitung oder Transportirung mit der Befugniß, sie *in eodem genere* zu restituiren; dieselbe geht in ein *creditum* über (*fr. 31. eod.**). — 3) Die Verdingung mit Approbationsvorbehalt (*ita ut probatio aut improbatio locatoris esset: fr. 60. eod.*); solchenfalls entscheidet unparteiisches Ermessen: *si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus approbetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset* (*Paul. fr. 24. eod.;* dazu *fr. 7. pr. D. de contr. e. 18, 1*); doch haftet der Uebernehmer auch hier nicht für *periculum;* und für Versehen bei der Ausführung oder Fehler des dazu gelieferten Materials hört er zu haften auf, sobald Approbation erfolgt (*fr. 24. pr. i. f.; fr. 36. 51. § 1; fr. 62. i. f. eod.*).

Beim Schiffstransport werden noch zwei Besonderheiten erwähnt: a) die *actio oneris aversi*, wahrscheinlich eine Pönalklage gegen den Schiffer (*magister navis*), der ohne diebische Gewinnabsicht aus irgend welchem Beweggrunde Frachtgut unterschlug (*fr. 31. eod.*);* — b) die *locati actio* gegen den Schiffer, welcher bei Seegefahr Frachtgut hat über Bord werfen lassen (*jactus mercium in communi periculo: Cic. pro lege Manil. 18; Gell. 7, 3*), auf Repartition des Schadens: *lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est* (*Paul. fr. 1. D. de lege Rod. de jactu 14, 2; Paul. Sent. rec. 2, 7. § 1*); Bedingung ist, daß denen, auf welche repartirt werden soll, das Ihrige gerettet wurde: *aequissimum est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent* (*Paul. fr. 2. pr. D. eod.*); — *collatio intributionis ob jactum salva nave fieri debet* (*Paul. 2, 7. § 5*). Der Schiffer nimmt an die Betheiligten *pro rata* Regreß (*fr. 2. pr. D. eod.*).

*) Ueber die auf diese Stelle des Alfenus bezüglichen Streitfragen vergl. die **Pandektenvorträge** und **Schilling** Instit. III. § 311. Zusatz (S. 499).

§ 692] III. *Societas,* Gesellschaftsvertrag, d. h. Uebereinkunft zweier oder mehrerer über einen durch ihre Leistungen zu verfolgenden gemeinsamen Zweck. Jeder der Gesellschafter (*socii,* Theilhaber, Compagnons) muß irgend Etwas beitragen, sei es Eigenthum oder Nutzung einer Sache, oder Forderungsrechte, oder Mühwaltungen (*operae*); *donationis causa societas recte non contrahitur* (*Ulp. fr.* 5. *§ 2. D. pro socio 17, 2*).

Gesellschaftszwecke sind mannichfach und können auch dem voluptuösen oder höheren ethischen Gebiet angehören, z. B. ästhetische, wissenschaftliche, mildthätige seyn. Das Kriterium, welches die Societät zu einem Rechtsverhältniß stempelt, ist also nicht der Zweck als solcher, sondern die Gemeinsamkeit des (irgendwie gearteten) Zwecks, welche durch die zweckdienenden Leistungen aller Gesellschafter eine einen Vermögenswerth repräsentirende Gemeinschaft unter denselben begründet; auch liegt hier kein einfaches Aequivalentsverhältniß (*causa onerosa*) vor, wie bei Kauf nnd Miethe, wo Leistung und Gegenleistung einander scharf gegenübertreten, und demgemäß immer nur zwei Parteien seyn können, sondern es findet jeder der leistenden Gesellschafter den Ausgleich seiner Leistung in dem Interesse, welches er in die Erreichung des gemeinsamen Zweckes setzt. Es kann nun aber dieser Zweck selbst auch ein vermögensrechtlicher, d. h. auf Vermögensgewinn (Ertrag oder Erwerb) gerichteter seyn: dann ist die Societät ein Vermögensverhältniß im eminenten Sinn, stellt sich durch Zweck und Mittel zugleich als ein Rechtsband dar und strebt demzufolge dahin, daß die Leistung jedes Gesellschafters ein bestimmtes Aequivalent finde in einem Antheil am Societätserwerb.

Man unterscheidet hiernach die *societas simplex* und *quaestuaria* (*quaestus et compendii societas,* Erwerbsgesellschaft).[18]

§ 693] Die Erwerbsgesellschaft betreffend, so hat das Römische Recht in Verfolgung der Idee der *causa onerosa* und unter dem Gesichtspunkte, daß alle *societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* (*Ulp. fr. 63. pr. D. pro socio 17, 2*), den Grundsatz aufgestellt, daß ein Gesellschaftsvertrag ungültig sei, wonach einer oder mehrere der Gesellschafter unbedingt leer ausgehen, gar keinen Vortheil oder Gewinn beziehen sollen; wie Jeder beizutragen (*aliquid conferre*) hat, soll auch Jeder Anwartschaft auf Gewinn haben (*aliquid ferre*): *Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coïri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam* (*Phaedr. fab. 1, 5*)[19] *solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet* (*Ulp. fr. 29. § 2. D. pro socio 17, 2*). Ueberhaupt wird angenommen, daß das Verhältniß der Vortheile dem Verhältniß der Beiträge entsprechen müsse: *qui plus contulit societati, majorem partem lucri ferat!* (*fr. 29. pr. D. eod.*).

Dieses Gleichgewichtsprincip führte man in alter Zeit sehr äußer-

lich durch, indem man nur gleichartige Leistungen (*pecunia* oder *opera*) zulassen wollte, um die entsprechenden Bezugsraten berechnen zu können (*l. 1. C. pro socio 4, 37*), und Mucius Scaevola eine Ungleichheit des Gewinn- und Verlustantheils schlechthin für *contra naturam societatis* erklärte (*Gai. 3, 149 = § 2. J. de societate 3, 25*); nach dem Vorgange von Servius Sulpicius aber ward durch Sabinus und Cassius, besonders mit Rücksicht auf den oft beträchtlich verschiedenen Werth menschlicher *operae*, die freiere Ansicht durchgesetzt, daß zwischen den Antheilen am *lucrum* und *damnum* kein gleiches Verhältniß zu seyn brauche (*fr. 30. D. eod.*), und daß selbst Freiheit von allem *damnum* der Eine sich ausbedingen könne (*fr. 29. § 1. eod.*).

Auch nach neuerem Recht ist hier das Gleichgewichtsprincip innerlich festgehalten (*fr. 29. pr. eod.*) und demgemäß entschieden, daß, wenn ausgemacht sei, *ut unus ex sociis* oder *amicus communis partes societatis constitueret*, diese Theile *ad arbitrium boni viri*, d. h. nach Verhältniß der Beiträge zu bemessen seien (*fr. 6. 76. 78. 80. eod.*).

§ **694**] Ulpian führt als eine juristische Ueberlieferung den Satz an: *rerum inhonestarum nullam esse societatem* (*fr. 57. eod.*); innerhalb der Grenzen des Erlaubten aber können Societäten von sehr verschiedener Dauer, Ausdehnung und Organisation etablirt werden.

1) Eine Societät kann auf kürzere oder längere Zeiträume, ja auf Lebensdauer, doch nicht für immer (*in aeternum*, so daß sie vererblich würde) eingegangen werden (*fr. 1. pr.; fr. 52. § 9; fr. 70. D. eod.*).

2) Die Erwerbsgesellschaft ist a) eine *societas unius rei*, oder b) *negotiationis*, oder c) *universorum bonorum*, je nachdem der Gesellschaftszweck sich auf die Ausführung eines einzelnen Unternehmens beschränkt, oder aber auf einen ganzen Kreis geschäftlicher Thätigkeit, oder gar auf allgemeine, gegenwärtiges wie zukünftiges Vermögen umfassende, Gütergemeinschaft erstreckt (*fr. 5. pr. eod.*). a) Beispiel der ersten ist: *Quum tres equos haberes et ego unum, societatem coïvimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes* (*Cels. fr. 58. pr. eod.*; auch *fr. 44. eod.*). b) Die *societas negotiationis* kann wieder entweder *specialis* oder *generalis* seyn, je nachdem sie sich auf einen bestimmten Geschäftszweig beschränken, oder aber den gesammten onerosen Erwerb umfassen soll: *Coiri societatem et simpliciter licet; et si non fuerit distinctum, videtur coïta esse universorum, quae ex quaestu veniunt, hoc est, si quod lucrum ex emtione, venditione, locatione, conductione descendit* (*Ulp. fr. 7. eod.*); Beispiele von jener und dieser sind: *Duo societatem coïerunt, ut Grammatica docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset.* (*Paul. fr. 71. pr. eod.*) — *Duo colliberti societatem coïerunt lucri, quaestus, compendii; postea unus ex his a patrono heres institutus est, alteri legatum datum est; neutrum horum in medium referre debere respondit* (*fr. 71. § 1. cit.*). c) Die Universalsocietät scheint am häufigsten unter Brüdern vorgekommen zu seyn (*inter fratres voluntarium consortium initum: Papin. fr. 52. § 8. eod.*; dazu *fr. 47. § 6. D. de admin. tutor. 26, 7*, und *fr. 78.*

D. de acq. hered. 29, 2) und wurde schon von den *Veteres*, namentlich auch von Servius Sulpicius (*fr. 11. 52. § 18. eod.*) tractirt: sie sollte nicht bloß den *quaestus* (*i. e. quod ex opera cujusque descendit: Paul. fr. 8. eod.*), sondern Alles, jeglichen (auch den lucrativen) Erwerb umfassen: *si societatem universarum fortunarum coïerint, id est, earum quoque rerum, quae postea cuique acquirentur, hereditatem cuivis eorum delatam, in commune redigendam* (*Ulp. fr. 73. eod.*), ja selbst den Ertrag einer *actio injuriarum*.

§ **695**] Die *obligatio ex societate* verpflichtet jeden der *socii* zur Leistung der verabredeten *pecunia* bez. *opera*; in allen Gesellschaftshandlungen ist *dolus* und *culpa levis* zu prästiren; zwar war bis auf Celsus hinsichtlich der *culpa* Streit (*fr. 52. § 2. eod.*), indeß nachher allgemein angenommen, daß *culpa in concreto* zu leisten sei: *socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque negligentiae; culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet* (*Gai. fr. 72. D. eod.* = *§ 9. J. de soc. 3, 25*); beiderseitige *par negligentia* kam in Compensation (*fr. 10. D. de comp. 16, 2*). Bei *societas bonorum* müssen alle Forderungen gegenseitig cedirt werden (*fr. 3. pr. D. pro soc. 17, 2*), das Eigenthum geht als Miteigenthum von selbst, im Wege des *constitutum possessorium** auf die Anderen über[20] (*fr. 2. eod.*), während es bei den anderen Societätsarten erst durch Communicationsact gemeinsam wird (*fr. 74. eod.*).

Im Zweifel haben die Gesellschafter gleiche Antheile am Gewinn und Verlust: *si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat; si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid* [*aliquis?*] *plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cujuscunque alterius rei* (*Ulp. fr. 29. eod.*); bestimmt die *lex contractus* nur die Gewinn- und Verlustheile, so wird dasselbe auf das Andere ausgedehnt: *si in altero partes expressae fuerint, in altero vero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt* (*Gai. 3, 150*).

Nur Societätsschulden werden von der Societätscasse getragen, bei *bonorum societas* aber gehören alle Privatschulden (mit Ausnahme derer aus Delict) zu den Societätsschulden (*fr. 12. 27. 52. § 18; fr. 82. D. eod.*).

Da die Societät nur ein Rechtsverhältniß unter den *socii* selbst bildet und ohne unmittelbare Wirkung auf Dritte ist, so werden durch Contrahirung mit einem Dritten zunächst nur der contrahirende *socius* selbst, wenn Alle an der Contrahirung Theil nahmen, Alle berechtigt und verpflichtet, letzternfalls (wenn nicht Correalobligation** beabsichtigt war) jeder nach Maßgabe seines Societätsantheils (*fr. 74. eod.; fr. 11. § 1. 2. D. de duob. reis 45, 2; fr. 44. § 1. D. de aedil. ed. 21, 1*). Hat jedoch der eine *socius* im Auftrag der Anderen contrahirt, so können diese, jeder zu seinem Antheil, auch selbst *utiliter* klagen (*fr. 13.*

*) s. oben Cursus § 498 a. E. **) s. oben Cursus § 601.

§ 25. D. act. emti 19, 1); anderseits kann der Dritte die nichtcontrahirenden *socii*, jeden zu seinem Antheil, belangen, wenn der Erwerb aus dem Contract in die Societätscasse gekommen ist (*fr. 82. D. pro socio 17, 2*). Solidarische Berechtigung oder Verpflichtung wird durch das bloße Societätsverhältniß — d. h. abgesehen vom solidarischen Contrahiren — Dritten gegenüber regelmäßig* nicht[21] begründet.

§ **696**] Jeder *socius* hat das *judicium societatis*, gewöhnlich *actio pro socio* genannt, welche den Verurtheilten infamirt,** aber ihm den Nothbedarf zum Leben beläßt (*beneficium competentiae*[22]*: fr. 63. pr. eod.*). Die Gesellschaftsklage geht auf Leistung der dem Anderen obliegenden Gesellschaftspflichten, bez. das Interesse wegen *culpa* oder *mora*, und kann auch im Streit über die Kündbarkeit den Entscheid, *ut societas distrahatur*, d. h. daß die bestrittene Kündigung rechtmäßig und wirksam sei, herbeiführen (*fr. 65. pr. eod.*). Handelt es sich um Realtheilung des gemeinsamen Gesellschaftseigenthums, so ist mit der *actio communi dividundo* zu klagen: *communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem* (*Paul. fr. 1. D. comm. div. 10, 1*).

Die Auflösungsgründe werden von Ulpian so zusammengestellt: *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione; ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit* (durch Novatio?), *distrahi videtur societas:* (*fr. 63. § 10. D. pro soc. 17, 2*); Modestin aber nennt nur die der Societätsobligation eigenthümlichen: *dissociamur renunciatione, morte, capitis minutione et egestate* (*fr. 4. eod.*). 1) Jeder *socius* hat die Freiheit einseitiger Austrittserklärung (*renunciatio*, Aufkündigung: *Gai. 3, 151*), selbst dann, wenn auf Lebenszeit abgeschlossen (*fr. 14. eod.*), und auch, wenigstens auf Grund einer *justa causa*, wenn eine bestimmte Zeitdauer bedungen war (*fr. 16. eod.*): denn *materia communionis discordias solet excitare* (*Pap. fr. 77. § 20. D. de legat. III*; dazu *Paul. fr. 26. D. de serv. pr. urb. 8, 2; communio est mater rixarum*); darum waren die Römer von jeher der privatrechtlichen Vermögensverflechtung abhold.† und noch Diocletian rescribirt: *in communione vel societate nemo compellitur invitus detineri* (*l. 5. C. comm. div. 3, 37*); nur die billige Beschränkung galt, daß intempestive oder dolose Aufkündigung dem Aufkündigenden nichts helfen soll (*fr. 14. 17. § 2; fr. 65. § 3. 5. D. eod.*); *qui renunciavit societati, a se quidem liberat socios suos, se autem ab illis non liberat: quod utique observandum est, si dolo malo renunciatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde quum obvenisset uni hereditas, propter hoc renunciavit* (*Paul. fr. 65. § 3. cit.*); dasselbe galt bei vorzeitiger Aufkündigung einer *societas in tempus coita* (*fr. 65. § 6. eod.*). 2) Tod eines *socius* löst immer das Societätsband,†† selbst wenn dessen Uebergang

*) Vergl. unten § 697. **) s. oben Cursus § 398. †) Den drei Ausdrücken für Begründung (*contrahere, coire, inire*) stehen zahlreiche für Auflösung gegenüber (*solvere, dissolvere, distrahere, dividere, dirimere, dissociare, finire*). ††) Mit gewissen durch den Zusammenhang der Societätsverwaltung begründeten Ausnahmen, worüber s. die Pandektenvorträge.

auf den Erben ausbedungen seyn sollte, *quia qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit* (*Gai. 3, 152;* dazu *fr. 35. 59. pr. D. eod.*). — 3) *capitis diminutio magna* und Concurs eines *socius* wirken gleichfalls auflösend, indem sie mit totalem Vermögensverlust verbunden sind und die Füglichkeit benehmen, den Societätspflichten fürder zu genügen (*Gai. 3, 153. 154*; *fr. 65. § 1. 12. D. eod.*).

In allen Fällen, wo durch Ausscheidung Eines die Societät erlischt, kann sie durch die Uebrigen ohne äußere Unterbrechung, doch als neue, fortgesetzt, und daß solches geschehen solle, auch im Voraus vereinbart werden (*Gai. l. c.; fr. 65. § 9. D. eod.*).

§ 697] Es werden in den Quellen mancherlei Geschäftssocietäten erwähnt, so die *societas sagaria* (*fr. 52. § 4. eod.*), *ad grammaticam docendam* (*fr. 71. eod.*); ausgezeichnet aber waren durch gewisse Singularitäten folgende:

1) Die *societas peculiaris in servo communi: si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei, cum quo velit dominorum in solidum experiri; est enim iniquum, in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit* (*Gai. fr. 27. § 8. D. de pecul. 15, 1*). Dasselbe galt für die *societas mercis peculiaris* (*fr. 14. D. de inst. act. 14, 3*).

2) Die *societas exercitoria* (Rhedergesellschaft): *si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest, ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit, nec quidquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat* (*Ulp. Gai. Paul.* in *fr. 1. § 25. fr. 2. 3. D. de exerc. act. 14, 1*), gleichviel ob der *magister navis* ein Dritter oder einer der *socii* selbst ist (*fr. 4. § 1. eod.*). Dieser Rechtssatz solidarischer Haftung wird dann durch Julian auf die *societas tabernae* übertragen, oder m. a. W. von der *actio exercitoria* auf die *institoria* ausgedehnt (*fr. 13. § 2. D. de inst. act. 14, 3*).

3) Die *societas argentariorum*,[23] deren Theilhaber *in solidum* klagen und verklagt werden konnten (*Auct. ad Herenn. 2, 13; fr. 27. pr. D. de pact. 2, 14*).

4) Die *societas venaliciorum*, indem beim Verkauf eines Sklaven der oder die Gesellschafter, deren Antheile am größten sind,[24] den ädilicischen Klagen gegenüber solidarisch haften: *aequum enim Aedilibus visum est, vel in unum ex his, cujus major pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emtor cum multis litigare, quamvis actio ex emto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt; nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est* (*Paul. fr. 44. § 1. D. de aed. ed. 21, 1*).

5) Die *societates publicanorum*,[25] welche theils *societates vectigalium*, theils *argentifodinarum, salinarum* u. s. w. waren (*fr. 1. pr. § 1. D. quod cujusque univ. 3, 4*); da dieselben für das Staatsfinanzwesen von erheblicher Bedeutung waren, erhielten sie zum Theil Korporationsqualität und manche singuläre Rechte im Unterschied von den *privatae s. voluntariae societates* (*Pomp.* und *Ulp. fr. 59. pr.; fr. 63. § 8.*

D. pro soc. 17, 2). Solche Gesellschaften erloschen nicht durch den Tod eines Theilhabers, es konnte die von einem solchen administrirte Station durch Gesellschaftsbeschluß auf den Erben übertragen werden (*pars defuncti ad personam heredis ejus adscribitur: fr. 59. cit.*), und immer blieb der Erbe mit dem Vermögensantheil des Erblassers Mitglied der Gesellschaft bis zum Ablauf der (gewöhnlich fünfjährigen) Periode. Solche nicht geschäftsführende, sondern nur durch Vermögenseinlagen betheiligte Mitglieder scheinen nicht *socii*, sondern *affines* genannt worden zu seyn (*Liv. 43, 16*).

§ **698**] IV. *Mandatum*, Bevollmächtigungsvertrag, d. h. unentgeltliche Uebernahme einer Mühwaltung im Auftrag eines Anderen, sei es nun mit oder ohne besondere Instruction (*forma mandati: fr. 46. D. mandati v. contra 17, 1; l. 12. C. mandati 4, 35*): *certum* und *incertum mandatum.*

Der Normalfall des Mandats ist, daß der Auftrag im Interesse des Auftragertheilers selbst (*mandans, mandator, dominus sc. negotii*) geschieht, gleichviel ob etwa das Interesse des Beauftragten (*mandatarius, procurator*, in gewissen Fällen auch *institor, actor, syndicus*[26]) oder irgend eines Dritten concurrirt; daß ein Mandat auch ohne ein Interesse des Mandanten verbindlich sei, war bis auf Sabinus fraglich, seitdem aber das *mandatum* im Interesse eines Dritten, bez. eines Dritten und des Mandatars, anerkannt,* (*Gai. 3, 156 = § 6. J. de mandato 3, 26*). *Mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena. Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo actio nascitur. Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras, vel ut fundum mihi emeres, vel ut pro me fidejubeas; aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo fidejubeas; mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres, vel ut mihi et Titio fundum emeres, vel ut pro me et Titio fidejubeas; tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur* (zu einem Darlehn an den Dritten in des Auftraggebers Interesse); *tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes; quodsi ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum; tua gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emtiones praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emtiones praediorum colloces: cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur, quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium* (*Gai. fr. 2. D. mandati 17, 1 = pr.—§ 6. J. eod.*; dazu *Cic. ad Att. 16, 7* und *fr. 47. pr. D. de R. J.*).

---

*) Ueber die ausnahmsweise Geltung eines reinen *mandatum „tua tantum gratia“* (*consilium, hortatio, s. g. mandatum in rem suam*) s. d. Pandektenvorträge.

§ **699**] Innerhalb der Grenzen von Sittlichkeit und Anstand (*rei turpis nullum mandatum est: Ulp. fr. 6. § 3. D. eod.*) kann der Gegenstand des Auftrags sehr mannichfach seyn: 1) entweder *unius rei mandatum* (s. g. Specialmandat, wofür erst verhältnißmäßig spät die Ausdrücke *procuratio* und *procurator* gebraucht wurden: *fr. 1. D. de procur. 3, 3; fr. 7. D. mand. 17, 1*) — oder *negotiationis mandatum* (s. g. Generalmandat, d. h. Uebertragung eines ganzen Geschäftskreises, z. B. Besorgung einer *taberna*, rechtsgeschäftliche Verwaltung eines Grundstücks; die Vollmacht heißt hier *lex praepositionis: fr. 3. 7. 18. D. de inst. act. 14, 3*), — oder *universorum bonorum mandatum* für den, *cui omnium negotiorum administratio mandata est*, welcher in den älteren Quellen vorzugsweise *procurator* heißt* (*Ulp. fr. 6. § 6. D. mand. 17, 1:* s. g. Universalmandat).

2) Der Auftrag betrifft entweder niedere Dienstleistungen, wie sie auch Gegenstand der *locatio operarum* seyn können,** oder edlere, Intelligenz voraussetzende, Geschäftsbesorgungen, wohin das Universalmandat immer zu rechnen ist. Für letztere galt in älterer Zeit das Ausbedingen einer Vergütung als unanständig, aber es ward solches, namentlich in der Kaiserzeit, für viele Fälle immer üblicher; dennoch hielt man auch da am Mandatsbegriff und seinen sonstigen Consequenzen (z. B. Widerruflichkeit) fest, betrachtete die Vergütungsclausel nur als ein uneigentliches Stück und Anhängsel des Mandats, nannte demgemäß die Vergütung *honorarium* (Ehrenlohn: *fr. 1. pr. D. de extraord. cogn. 50, 13* — *salarium* genannt, wenn es fortdauernde Besoldung ist[27]), ließ die Einklagung desselben nicht mit der ordentlichen Mandatsklage, sondern nur im Wege der *extraordinaria cognitio* zu† (*Gai. 3, 162; fr. 7. D. mand. 17, 2*), und wahrte auf diese Weise den alten Satz: *mandatum, nisi gratuitum, nullum est* (*Paul. fr. 1. § 4.* und *Javol. fr. 36. § 1. D. eod.*; dazu *Gai. 3, 162*).

§ **700**] Die *obligatio ex mandato* verpflichtet ihrem eigentlichen Zwecke nach nur den Mandatar: er muß den Auftrag sach- und instructionsgemäß ausrichten, etwaiges Hinderniß dem Mandans anzeigen (*fr. 27. § 2. D. eod.*), das für Rechnung desselben Eingenommene diesem ausantworten und bez. Rechnung ablegen. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit, aliud quid facere videtur* (*Paul. fr. 5. pr. D. eod.*) — *Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet* (*fr. 27. § 2. cit.*). Bemerkenswerth ist dabei, daß, obschon das Mandat regelmäßig im vorwiegenden Interesse des Mandans, nicht des Mandatars, ist, und das Mandat sonst der Societät gleichartig ist, doch der Mandatar nicht bloß für *lata culpa*, sondern für *omnis culpa* und zwar *in abstracto* haftet: freiwillige Gefälligkeit soll hier ebenso obligiren, wie im Fall einer *causa onerosa*, denn der menschliche Verkehr bedarf solcher Gefälligkeiten so gut, wie der gewöhnlichen Umsatzgeschäfte. — Uebrigens hatte die

*) s. oben Cursus §. 347. **) s. oben Cursus § 689. †) s. oben Cursus § 339. 351. Excurse S. 343.

Mandatsklage (*actio mandati directa*) mit der *actio depositi* und *commodati* das gemein, daß sie *ob dolum malum defuncti* auch noch gegen den Erben ging, wie zu Cicero's Zeit noch bestritten (*Auct. ad Herenn. 2, 13*), aber wohl seit Sabinus anerkannt war (*Pomp. ad Sabin. fr. 12. D. de O. et A. 44, 7*).

Der Mandatar, mit Ausnahme des *ad agendum* bestellten, hat Substitutionsbefugniß (*fr. 8. § 3. D. mand. 17, 1*), doch haftet er für *culpa in eligendo* und muß die ihm gegen den Substituten erworbene Klage seinem Mandans cediren (*fr. 21. § 3. D. de neg. gest. 3, 5*).

Der Mandans muß dem Mandatar für alle diesem durch das Mandat verursachten Kosten und Schäden aufkommen (*fr. 12. § 9. 17; fr. 15. D. mand. 17, 1*), z. B. ihn übernommener Verbindlichkeiten entledigen (*fr. 45. eod.*); im Fall einer Ueberschreitung des vorgeschriebenen Maßes kann der Mandatar doch Kostenersatz bis zu dieser Höhe verlangen, wie die Proculianer billiger Weise annahmen (*fr. 3. § 2. eod.; Gai. 3, 161 = § 8. J. de mand. 3, 26*). Außerdem geht die *actio mandati contraria* auf Ersatz des Schadens aus verschuldetem *damnosum mandatum* (z. B. Ankauf eines diebischen Sklaven: *fr. 61. § 5. D. de furt. 47, 2*).

Sowohl die *directa*, als die *contraria actio mandati* infamiren (*fr. 6. § 5. D. de his qui not. inf. 3, 2*).

Der Mandans kann den Auftrag jeder Zeit widerrufen, ist aber zum Ersatz aller bis zur Kunde des Widerrufs erwachsenen Kosten verpflichtet (*fr. 15. D. mand. 17, 2*), wogegen der Mandatar nur *justa causa intercedente* und nicht zu ungelegener Zeit aufkündigen darf (*fr. 22. § 11. eod.; § 11. J. eod.*). Durch Tod des Mandans oder Mandatars erlischt das Mandat, sofern noch *res integra*, d. h. die Ausführung nicht schon im Gange war, als der Mandatar des Anderen Tod erfuhr, bez. starb (*Gai. 3, 160; fr. 6. D. de jurisd. 2, 1; fr. 26. pr.; fr. 27. § 3. D. mand. 17, 1*).

§ **701**] Eine besondere Unterart des Mandats ist das s. g. *mandatum credendi s. mand. qualificatum* (Creditauftrag), d. h. der Auftrag an Jemand, einem Dritten Vorschuß oder Gestundung zu gewähren. Sofern im Creditgeben immer ein *periculum* liegt, erscheint es angemessen, daß der, welcher den Anstoß dazu gab, auch dieses *periculum* übernimmt, d. h. daß er dem Mandatar sich für den dem Dritten gewährten Credit verbürgt. Demgemäß enthielt der Creditauftrag eine Intercession.

Diese Intercession durch Mandat zeichnete sich vor der gewöhnlichen Intercession durch Stipulation (*fidejussio*) dadurch aus, 1) daß sie *nudo consensu* zu Stande kam; 2) daß die Verpflichtung des Mandators nicht infolge Litiscontestation mit dem *debitor ex credito* unterging (*fr. 13. D. de fidej. 46, 1*); 3) daß das Forderungsrecht des Mandatars gegen den *debitor ex credito* nicht erlosch, wenn der Mandator jenen befriedigte, und 4) daß der zahlende Mandator vom Mandatar

Cession der *actio ex credito* verlangen konnte*: *Papinianus ait, mandatorem debitoris solventem ipso jure reum non liberare; propter mandatum enim suum solvit et suo nomine, ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere* (*fr. 28. D. mand. 17, 2;* dazu *fr. 12. § 13. 14; fr. 59. § 4. 5. eod.; fr. 13. 24 D. de fidej. 46, 1*).

Das ursprünglich nur für *fidejussores* eingeführte *beneficium divisionis* wurde durch Papinian auf Mandatoren übertragen (*fr. 7. D. de fidej. tutor. 27, 7*).

Literatur: 1) Treitschke d. Kaufcontract in bes. Bez. auf d. Waarenhandel nach R. R. u. nach den wichtigsten neueren Gesetzgebungen (Lpz. 1838; 2. Aufl. *ed.* Wengler, Gera 1865). — 2) Degenkolb Platzrecht u. Miethe (Berl. 1867) S. 29. Schilling Instit. III. § 302. Anm. bb (S. 448). — 3) Ders. § 301. — 4) Ueber die s. g. Weinprobe s. Goldschmidt in s. Zeitschr. f. Handelsr. I. S. 73—110. u. Fitting ebendas. II. S. 205 ff. — 5) Eine problematische Erklärung gibt Unterholzner Lehre v. d. Schuldverhältnissen II. § 481. S. 294. — 6) Gegen Schenck im Archiv f. civ. Prax. XVII. No. 4. § 8. u. XX. No. 15. § 14. vergl. Heerwart ebendas. XVIII. No. 15. § 3. u. XXIII. No. 9. — 7) Dazu Dernburg Compensation S. 69 ff. — 8) O. Müller d. Lehre d. R. R. v. d. Eviction I. Thl. (Halle 1851). — 9) Bekker in s. Jahrb. des gem. R. VI. S. 233. 301—311. Müller *l. c.* S. 7. — 10) Schilling III. § 296. S. 399. Müller S. 25. 36. 55—81. — 11) Neustetel Bemerkgn. z. Aedilic. Edict in s. u. Zimmern's Römischrechtl. Untersuch. S. 155 bis 254. Gans im Arch. für civ. Prax. II. No. 9. Thibaut ebendas. V. S. 350 ff. Unterholzner ebendas. VI. S. 60—110. Schilling III. § 293. 294. 298. 299. — 12) Degenkolb Platzrecht u. Miethe (1867) S. 127—222. Ueber Vermischung der Worte *locatio* und *conductio* in den Quellen s. dens. S. 23—25. — 13) Specialbenennungen sind *insularius* (Hausmiether? *fr. 4. pr. D. de off. praef. vig. 1, 15*), *coenacularius* (Zimmermiether: *fr. 11. § 5. D. de pign. act. 13, 7*), *horrearius* (Speichermiether: *fr. 60. § 9. D. loc. 19, 2*); darüber vergl. Schilling III. § 302. Anm. t. u. x. (S. 447). Ueber die *publicani* und *mancipes* s. dens. *l. c.* Anm. z. aa. — 14) s. Dirksen *Manuale latinitatis fontium v. naulum;* dazu Schilling § 304. Anm. p. (S. 460) u. § 308. Anm. b. c. (S. 483). — 15) Dazu s. Schilling § 307. Anm. n. (S. 479). — 16) Glück Commentar Thl. XVII. S. 313. — 17) s. Schilling § 302. Anm. gg—oo. — 18) Treitschke d. Lehre v. d. unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft (2. Aufl. Leipz. 1844). — 19) Schilling § 313. Anm. hh. (S. 513). — 20) Einschränkend Schilling wegen *fr. 52. § 16. cit.*, indeß bedeutet *conferre* nicht so, wie *communicare*, einen Traditionsact. — 21) Auf ungehöriger Verallgemeinerung besondrer Fälle beruht die abweichende Ansicht Schilling's (§ 316. S. 528) rücksichtlich der solidarischen Verpflichtung. — 22) Schilling § 231. Anm. q (S. 35). — 23) Rösler in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsrecht IV. S. 271—4. — 24) Abweichend Rösler S. 266. — 25) Ders. S. 275—298. — 26) Schilling III. § 318. Anm. t. u. und II. § 47. Anm. y. z. — 27) Ders. III. § 308. Anm. l. (S. 485). — 28) Girtanner d. Bürgschaft nach gem. Civilr. (Jena 1851) S. 60—72. 95. 102. Müller Instit. § 142. S. 476.

XXXIX. Kapitel.

C. Die Vervollständigung des Systems durch *pacta praetoria* und *contractus innominati*.**

§ 702] Mehr als in den anderen Gebieten des Privatrechts genügte das fortschreitende Civilrecht im Gebiete der Contractsobliga-

*) Ueber das *beneficium cedendarum actionum* bei der *fidejussio* s. oben Cursus § 665.
**) s. oben Cursus § 627.

tionen den Anforderungen des Verkehrslebens: durch Anerkennung der formlosen Real- und Consensualcontracte, sowie durch die freiere Gestaltung der Stipulation hatte das Schuldrecht eine allgemeine Ausbildung gewonnen. In der Stipulation war der feste Grund und Boden des Contrahirens bewahrt, aber in der Gruppe freier Contracte daneben eine Anzahl typischer Verkehrsmomente anerkannt, welchen durch die natürlichen Verkehrsbedingungen gewissermaßen von selbst und so unmittelbar ein bestimmtes und Allen geläufiges Gepräge zu Theil geworden war, daß hier ein Absehen von jedweder Form und Diction wohl gerechtfertigt und ungefährlich scheinen konnte.

Noch weiter ging das Recht der Kaiserzeit unter dem Einfluß der erstarkenden Jurisprudenz: jeder auf gegenseitige Leistung berechnete Contract sollte, wenn er durch Leistung von der einen Seite bekräftigt ist, für den die Leistung Annehmenden bindend seyn. Das System der Entstehungsgründe der Obligationen schien hiermit geschlossen, denn wie sollte noch weiter geschritten werden, ohne den letzten Rest plastischen Contrahirungsausdrucks gänzlich preiszugeben?

Dies würde geschehen seyn, wenn der Prätor sich entschlossen hätte, ohne Weiteres jedes *pactum nudum* für rechtsverbindlich zu proclamiren; es muß daher im Zusammenhange des antiken Verkehrsgepräges verstanden und als eine weise Mäßigung gewürdigt werden, daß der Prätor sich darauf beschränkte, die anerkannten Contractsobligationen in ersprießlicher Weise zu stützen, indem er gleichsam an bestimmten Hauptpunkten dem civilrechtlichen Bau prätorische Strebepfeiler ansetzte. Im System des *Constitutum* schuf er eine generelle solche Stütze, im System des *Receptum* fügte er specielle Stützen für gewisse qualificirte Fälle des *depositum*, der *locatio conductio* und des *mandatum* hinzu; das Verbindungsglied beider scheint in der durch Justinian beseitigten *actio recepticia** enthalten gewesen zu seyn.

§ **703**] I. Das System des *constitutum* (*ἀντιφώνησις*, Schuldabkommen,[1] Zahlungszusage[2]) beruht auf dem Gedanken, daß, wenn bezüglich einer schon bestehenden Schuld (*sors, prior obligatio: fr. 36. § 2. D. de jurejur. 12, 2*) noch ein besonderes Zahlungsversprechen geleistet und angenommen werde, dies für sich obligirend seyn müsse, und so durch das Constitut eine Nebenobligation geschaffen werde. Ursprünglich scheint dies nur in der beschränkten Anwendung vorgekommen zu seyn, daß Jemand, welcher *ex credito* eine *certa pecunia* schuldete, durch neue Zahlungszusage auf einen bestimmten Tag — namentlich im Fall der Gestundung einer fälligen Schuld — dem Gläubiger den Vortheil verschaffte, im Zögerungsfalle mit einer *in factum actio* sofort das volle Interesse, bez. aus der *sponsio dimidiae partis*** einen die gewöhnliche Condictionensponsion übersteigenden Strafbetrag einklagen zu können.[3] Das Edict hierüber scheint bereits in der Zeit Cicero's vorhanden gewesen zu seyn (*Cic. pro Quinctio 3—5*).

---

*) s. den Excurs zu diesem Kapitel. **) s. oben Cursus § 260.

Allein schon zu Labeo's Zeit war das *constitutum* verallgemeinert, namentlich auch als Zahlungszusage betreffs einer *aliena obligatio* anerkannt (*fr. 27. D. de pecun. const. 13, 5*), und es ward nach und nach so weit ausgedehnt, daß es als ein allgemeines Mittel benutzt werden konnte, bestehende Obligationen nachträglich auf die mannichfachste Weise (wenn auch nicht direct, doch dem Effecte nach) zu sichern, zu modificiren oder umzugestalten. „Ursprünglich lag das ganze Interesse beim Constitut lediglich in der Zeit der Zahlung; dieses temporelle Element wurde (vorerst) bei allen Erweiterungen desselben festgehalten, allein durch die Zulassung derselben konnte doch eine ganze Reihe von anderweitigen Interessen in das Constitut hereingezogen werden, und so wurde die Klage aus einer Strafklage wegen Nichterfüllung des Constituts zu einer Vertragsklage auf Erfüllung des Constituts umgewandelt.“[4] Dies ist eben jene *in factum actio*, hier als *actio de pecunia constituta*, oder *actio ex constituto s. constitutoria* bezeichnet — im Recht der Kaiserzeit ausgedehnt auf Quantitätsleistungen aller Art und auch ohne feste Terminbestimmung zugelassen.

In dieser allgemeinen Verkehrsfunction einer Zahlungszusage steht das *Constitutum* neben der *stipulatio* da, aus welcher es vielleicht durch das Organ der *sponsio dimidiae partis* hervorwuchs,[5] und die *actio constitutoria* verhält sich zur *actio ex stipulatu* (*bonae fidei*) ebenso, wie die *in factum actio ex deposito* zur entsprechenden Depositenklage mit *formula in jus concepta.* Wie die Stipulation bald zur Bekräftigung, bald zur Intercession angewendet wurde, so auch das Constitut; dasselbe konnte Platz finden, wo sonst eine promissorische Confirmirung, eine Novation (Delegation, Expromission) oder eine Fidejussio indicirt war, und es hatte vor der Stipulation voraus, daß es auch *inter absentes* statthaft und ein Mittel, Veränderungen anzubringen, war.

§ **704**] Man unterscheidet 2 Hauptfälle: 1) Das *constitutum debiti proprii* findet entweder unter denselben Personen oder aber mit einem Dritten Statt, an welchen der Schuldner zu zahlen (mit Bewilligung des eigentlichen Gläubigers) verspricht (*fr. 5. § 2. D. eod.*): letzternfalls hat das Constitut einen der Cession oder Novationsdelegation vergleichbaren Effect, sofern die Absicht dabei ist, daß dem eigentlichen Gläubiger die *actio* nunmehr entzogen seyn soll. Es scheint, daß die Constitutklage in gewissen Fällen des *const. debiti proprii* nur ein Jahr lang zulässig war (*l. 2. pr. C. de const. pec. 4, 18*), welche Schranke später wegfiel.[6] 2) Das *constitutum debiti alieni*, auf Grund des unbestimmt lautenden Edicts wohl erst nach und nach von der Doctrin entwickelt, gewann später namentlich dadurch an Bedeutung, daß es zum Zwecke der cumulativen Intercession (Bürgschaft) benutzt wurde (*fr. 2. 5. § 2—4; fr. 26—28. D. eod.*).[7]

Außerdem war seit der Verallgemeinerung des Constituts zu unterscheiden, ob das Absehen dabei nur auf strenge Feststellung eines Zahltags, oder aber auf irgend welche Modificirung des Schuldverhältnisses gerichtet war: ersternfalls hatte Kläger, ohne erst zu mahnen,

die *actio constitutoria* auf das Interesse, letzternfalls trat das temporelle Element in den Hintergrund, die Klage richtete sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen der *mora* und war die einfache Vertragsklage auf Erfüllung.[8] Die anzubringenden Modalitäten konnten sehr verschiedenartig seyn: es konnte ein anderer Schuldner, ein anderer Gläubiger eintreten, dem bisherigen Leistungs-Object ein anderes (von gleichem Werth) substituirt, das alternativ oder nur nach dem *genus* bestimmte Object auf eine bestimmte einzelne Species reducirt, ein anderer Erfüllungsort, eine andere Erfüllungszeit substituirt, der Constitutobligation eine Bedingung (*fr. 19. § 1. D. eod.*), auch eine Pfandbestellung oder Bürgschaft hinzugefügt werden (*fr. 14. § 1. 2. D. eod.*).

In den Fällen einer solchen Modificirung war es wichtig, ferner zu unterscheiden, ob der Effect des Constituts bloß cumulativ oder aber privativ gemeint sei. Ersternfalls blieb die *sortis obligatio* wirksam bestehen, so daß sie mit der Constitutobligation electiv concurrirte aber derart, daß mit Erfüllung der einen zugleich die andere erlosch: *solutio ad utramque obligationem proficit* (*Ulp. fr. 18. § 3. D. eod.*); andernfalls wirkte das Constitut novationsähnlich, indem die *sortis obligatio* durch *exceptio perpetua* infolge der neuen Obligirung entkräftet war.

§ **705**] Das Constitut konnte in jeglicher Form, daher auch *inter absentes*, eingegangen werden (*fr. 14. § 3. D. eod.*), immer aber setzte es eine schon bestehende Obligatio voraus: *hactenus constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum est* (*Ulp. fr. 11. pr. eod.*), daher es die Natur eines accessorischen Vertrags hat* und nicht einen höheren Betrag, als der der *sortis obligatio*, begreifen kann: *si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est; ergo et is, qui sortem et usuras, quae non debebantur, constituit, tenebitur in sortem dumtaxat* (*fr. 11. § 1. eod.*); aber auch ein bloßes *pactum geminatum* kann keine Constitutverbindlichkeit zeugen, sofern das vorausgängige *nudum pactum* kein *debitum* begründen konnte.

Abgesehen von etwa angebrachten Modalitäten und der strengen Feststellung eines Zahltermins konnte das Constitut noch mancherlei Vortheile gewähren; namentlich war es diensam, wo es galt, eine Naturalobligation gewissermaßen wiederzubeleben (*fr. 1. § 7. eod.*), oder den Gläubiger gegen die Gefahr der Verjährung zu schützen (*fr. 18. § 1. eod.*).

§ **706**] II. Das System des *receptum* zeigt sich, abgesehen von dem singulären *receptum argentarii*, in zwei Hauptanwendungen von sehr verschiedener Art. 1) Das *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* ist die Aufnahme von Sachen Reisender (*vectores, viatores*) durch einen Schiffsherrn, Gast- oder Stallwirth (*exercitor navis, cauponae vel stabuli*), wodurch dieser nicht bloß, wie sonst bei Depositum oder Miethvertrag, für *omnis culpa*, sondern für jeden

*) Ueber den Unterschied des Constitutbegriffs von dem s. g. Anerkennungsvertrag vergl. die Pandektenvorträge.

Vermögensschaden haftbar wird, insoweit derselbe nicht durch Elementargewalt (*vis major s. divina*) herbeigeführt ist. Der angegebene Grund dieses Edicts erinnert an jenen für das Aedilicische Edict* angegebenen: *Maxima utilitas est hujus Edicti, quia necesse est, plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum, nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant; et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coëundi; cum ne nunc quidem abstineant hujus modi fraudibus* (*Ulp. fr. 1. § 1. D. nautae, caup., stab. ut recepta restituant 4, 9*) — *Ait Praetor: „nisi restituent, in eos judicium dabo". Ex hoc Edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit. Si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto; sed si tota navis locata sit, qui conduxit, ex conducto etiam de rebus, quae desunt, agere potest; si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur; sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius, depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles? nisi forte (inquit) ideo, ut innotesceret Praetor, curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur; at hoc Edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est; nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari* (*Ulp. fr. 3. § 1. eod.*).

Der im Verkehr damals wichtigste Fall war das *receptum navicularii i. e. exercitoris navis*, wahrscheinlich auch geschichtlich der früheste Fall, da er immer zuerst genannt wird, Musterfall der übrigen, und von Labeo auf *exercitores ratium* und *lintrarii* (Floß- und Kahnführer) ausgedehnt (*fr. 1. § 4. eod.*). Allgemeine Voraussetzung der Haftung ist, daß die betreffenden Sachen mit Wissen des *nauta* u. s. w. oder eines zur Aufnahme ermächtigten Gehülfen eingebracht (*in navem missae, illatae*) sind; weder specielle Ueberweisung an den *nauta* (*assignatio*), noch dessen ausdrückliche Zusicherung des Haftens („*salvum fore*") ist erforderlich (*fr. 1. § 8. eod.*); nur ein *recipere extra negotium* begründet keine Haftung (*fr. 3. § 2. eod.*), auch fällt dieselbe im Falle acceptirter Verwahrung (*praedictio, damnum se non praestiturum*) hinweg (*fr. 7. pr. eod.*).

Es fragt sich noch: a) w e r haftet edictmäßig? nur der Schiffsherr und Wirth selbst, bez. dessen *institor*, nicht der *magister* oder *custos navis*, Ruder- oder Stallknecht als solcher (*remex, mesonauta; mediastinus, atriarius, focarius: fr. 1. § 2. 3. 5. eod.*); b) w e m wird so gehaftet? nur wer als Reisender von dem Schiff oder der Herberge Gebrauch macht, nicht jeglichem bloßen Besucher; c) w i e wird gehaftet? die *actio in factum* (*de recepto*) geht nicht bloß auf den vom Schiffer oder Wirth selbst verschuldeten Schaden und auf *culpa in eligendo*, sondern

*) s. oben Cursus § 685.

unbedingt auf jeden von den eignen Leuten, ja selbst auf den von Anderen (namentlich Reisenden) verschuldeten Schaden (*fr. 1. § 8*; *fr. 3. § 1. eod.*).

§ **707**] 2) Das *receptum arbitrii*,[9] d. h. Uebernahme der schiedsrichterlichen Entscheidung eines Streitfalls. Compromisse auf einen oder mehrere *arbitri* behufs außergerichtlicher Erledigung scheinen im Römischen Verkehr zu allen Zeiten sehr beliebt gewesen zu seyn,* und der Prätor verhieß im Edict, daß er die Compromittenten gegenüber dem nicht Wort haltenden Arbiter unterstützen wolle, wofern nur der Erkorene sich zu einem wirklichen Schiedsspruch (*arbitrium, sententia; „laudum"*) anheischig gemacht hat: *recepisse autem arbitrium videtur, qui judicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur; quodsi hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse* (*Pedius: fr. 13. § 2. D. de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant 4, 8*).

Der Erkorene (*arbiter inter litigatores electus, judex ex compromisso sumtus, is in quem compromissum est*) übernimmt die Pflicht, den Streit in allen Punkten zu entscheiden (*fr. 19. § 1.; fr. 32. § 16. eod.*), und zwar an einem bestimmten Tage und in Gegenwart aller Parteien, ausgenommen wenn durch die *clausula prolationis* Hinausschiebung des Spruchtermins —, durch besondere Ermächtigung die *sententiae dictio* auch im Abwesenheitsfalle vorbehalten wurde (*fr. 25. § 1; fr. 27. § 4. eod.*). Bis zur Erledigung heißt das Verhältniß *litigium pendens* (*Jul. fr. 49. pr. eod.*).

Dasselbe ist ein außergerichtliches Privatverhältniß, aber auf Antrag eines der *litigatores* schreitet der Prätor ein: *Ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere Praetor putat; non tantum, quod studeret, lites finiri, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum, disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim, post causam jam semel atque iterum tractatam, post nudata utrimque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia ex causa nolle sententiam dicere; quisquamne potest negare, aequissimum fore, Praetorem interponere se debuisse, ut officium, quod in se recepit, impleret?* (*Ulp. fr. 3. § 1. eod.*).

§ **708**] Das unter den Litigatoren vereinbarte, immer durch Conventionalstrafe sicher zu stellende *compromissum*** (*forma compromissi: Pap. fr. 42. eod.*) gab die Grundlage; danach bestimmte sich, a) ob das *arbitrium* nur einen einzelnen Streitfall, oder aber sämmtliche zwischen den Litiganten schwebenden Streitfragen (s. g. *compr. plenum, quod de omnibus rebus controversiisque compositum est*) zur Erledigung bringen soll (*fr. 21. § 6; fr. 31. i. f. eod.*), und b) ob nur Einer, oder mehrere Schiedsmänner den Spruch fällen sollen: ist eine gleiche

*) s. Excurse S. 125—7. **) s. oben Cursus § 657.

Zahl (zwei, vier) ernannt, so haben die *arbitri*, wenn sich ihre Ansichten ohne Majorität gegenüberstehen, einen *superarbiter* (Drittmann, Obmann) zu ernennen (*fr. 17. § 6. eod.*); *Celsus scribit, si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum, si praesens fuerit et tertius; alioquin absente eo, licet duo consentiant, arbitrium non valere, quia in plures fuit compromissum, et potuit praesentia ejus trahere eos in ejus sententiam* (*fr. 17. § 7. eod.*).

Als unfähig zum Schiedsrichteramt galten Wahnsinnige, Frauen, Taube und Stumme (*fr. 9. § 1. eod., l. 6. C. de receptis arbitris 2, 56*), sowie Minderjährige unter 20 Jahren (*fr. 41. eod.*); ungeeignet, durch Schiedsspruch erledigt zu werden, waren Ansprüche aus Delicten, Statussachen und Popularklagen (*fr. 32. § 6. 7. eod.*).

Von einer eigentlichen Klage gegen den widerstrebenden *arbiter* war keine Rede, der Prätor schritt mit Geldstrafen, bez. Auspfändung ein (*fr. 32. § 12. eod.*); allein er bewilligte dann dem *arbiter* eine angemessene Frist, *si juret, sibi de causa nondum liquere* (*Ulp. fr. 13. § 4. eod.*); auch konnte derselbe nachträglich ablehnen (*excusatio*) wegen eines erheblichen Grundes, worüber dem Prätor *causae cognitio* zustand (ausbrechende Feindschaft, Alter, Krankheit, Staatsamt, dringliche Reise: *fr. 9. § 4*; *fr. 15. 16. eod.*).

§ **709**] Auch wo es sich nicht um einen Streitfall handelte, sondern nur das Bedürfniß vorlag, ein ungewisses Verhältniß definitiv festzustellen, wurde häufig auf einen dritten Unparteiischen compromittirt, wobei zu unterscheiden war, ob nach der Intention der Compromittenten der *arbiter* unbedingt (dies galt immer beim eigentlichen Streitcompromiß: *fr. 27. § 2. D. de receptis 4, 8*), oder nur *ex aequo et bono* entscheiden solle (*fr. 76. D. pro socio 17, 2*); z. B. das Compromiß, *ut Nerva amicus communis partem societatis constitueret* (*fr. 76. cit. 78—80 D. pro soc. 17, 2*), oder *ut merces sit, quanti Titius aestimaverit* (*fr. 25. pr. D. locati 19, 2*), oder *ut arbitratu Titii res* (*i. e. de finibus acta*) *terminetur* (*fr. 44. D. de recept. 4, 8*).

Grenzirrungen vorzubeugen und Grenzungewißheiten zu beseitigen, war namentlich der Beruf einer besonderen Classe in der Feldmeßkunst erfahrener Leute (*agrimensores*), es galt aber deren Mühwaltung ursprünglich als reine Gefälligkeit,[10] und erst im Edict wurde denen, *qui mensorem adhibuerunt*, wegen einer auf *dolus* oder *culpa lata* beruhenden *falsi modi renunciatio* eine Schädenklage (*actio in factum adversus eum, qui falsum modum dixerit s. renunciaverit*) zugesprochen. *Nam interest nostra, ne fallamur in modi renunciatione: si forte vel de finibus contentio sit, vel emtor scire velit vel venditor, cujusmodi ager veniat. Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt Veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi, et id, quod datur, ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari. Si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem. Haec actio dolum dumtaxat exigit: proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui*

eum adhibuit (*Ulp. fr. 1. D. si mensor fals. mod. dixerit 11, 6*). Durch diese beschränkte und noch dazu in gewisser Hinsicht subsidiäre (*fr. 3. § 2. 3. eod.*) Haftung unterschied sich das Verhältniß des *mensor* von dem eines gewöhnlichen Mandatars; das Edict, welches sie aufstellte, zeigt, daß damals das Mandat noch kein anerkannter Contract war, aber auch, daß der Stand der Feldmesser in traditionellem Ansehen stand, ein Gegenbild zu dem unter dem Drucke traditioneller Unehre stehenden Stande der *venaliciarii* und *caupones.** Nur darin war die Haftung streng, daß der *mensor* für seines etwaigen Substituten *dolus* unbedingt haftete (*fr. 1. § 2; fr. 2. eod.*).

Das Anwendungsgebiet dieser *in factum actio* ward noch durch das Edict selbst später ausgedehnt auf Fälle, da Jemand *aedificii, frumenti, vini, tigni, lapidis mensuram*, oder als *machinarius, architectus, tabularius* eine *mensura* oder *computatio* übernommen hat. (*Ulp.* u. *Paul. fr. 5—7. D. eod.*)

§ 710] B. Das System der s. g. Innominatcontracte.[11] Von der Rechtsgewohnheit der republikanischen Zeit waren einige der häufigsten und am bestimmtesten ausgeprägten Contracte anerkannt und mit einer Civilklage ausgestattet worden, der Verkehr aber drängte zur Erweiterung des Gebiets anerkannter Contracte, und namentlich zeigte sich dieses Bedürfniß in Betreff der auf Austausch und Gegenseitigkeit gehenden Geschäfte.** Oft war es zweifelhaft, ob ein civilrechtlich anerkanntes Geschäft oder ein anderes vorliege (*fr. 1. pr. D. de aestimatoria 19, 3; fr. 19. pr. D. de praescr. verb. 19, 5*), oft war es gewiß, daß es ein anderes, also im Civilrecht ungenanntes, aber doch billigerweise gleichfalls zu schützendes sei (*fr. 1. pr. fr. 2—4. eod.*). Da nun die Straße des Prätorischen Edicts gerade nicht in dieser Richtung, sondern gewissermaßen nebenher lief,† und es mithin als die Aufgabe des *mos civitatis* erscheinen mußte, den in den Consensualcontracten begonnenen Faden weiterzuspinnen, so war es Sache der die Gewohnheitsbildung unter ihre Aegide nehmenden Jurisprudenz, auch andere Umsatzgeschäfte, die weder Kauf, noch Pacht oder Miethe waren (*nova negotia: fr. 22. D. de praescriptis verbis 19, 5*), in das System des civilrechtlichen Schutzes aufzunehmen.

Labeo scheint die Initiative hierzu ergriffen zu haben,[12] und die kommenden Jahrhunderte haben den von diesem vorgezeichneten Standpunkt treu bewahrt. Die Jurisprudenz erlaubte sich nämlich nicht, nun ohne Weiteres alle *contractus, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt* (*Jul. fr. 3. eod.*), den bekannten 4 Consensualcontracten gleichzustellen, sondern berücksichtigte nur solche, welche auf Leistung und Gegenleistung (*συνάλλαγμα*: *fr. 7. § 2. D. de pact. 2, 14*) zielten, und schützte dieselben auch nicht auf den bloßen (erklärten) Consens hin. Vielmehr scheint die eigentlich treibende Idee dabei derjenigen verwandt gewesen zu seyn, welche, vielleicht gar in den XII

*) s. oben Cursus § 697 und 706. **) s. oben Cursus § 332. 627 †) s. oben Cursus § 702.

Tafeln wurzelnd,* dann namentlich für Realcontracte angemessen verwerthet worden war: *in traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est* (*Gai. lib. 3. ad leg. XII tab.* in *fr. 48. D. de pact. 2, 14;* dazu *l. 6. C. de rer. permut. 4, 64*). Diese Idee dürfte mithin an dem consensuellen Element der Realcontracte angeknüpft haben, obschon dann in sachlicher Hinsicht einzelne Innominatcontracte gern mit Consensualcontracten verglichen wurden (z. B. *fr. 5. § 4; fr. 24. D. de praescr. v. 19, 5; fr. 1. § 9. D. depos. 16, 3*). — So ward der ursprünglich auf 4 Fälle beschränkte Satz, daß durch formlose, aber mit einer Sachleistung (*res*) verbundene Uebereinkunft eine Obligation begründet werden könne, in der Kaiserzeit dahin erweitert, daß immer, wenn zwei Parteien über Leistung und Gegenleistung übereingekommen sind, und darauf hin der Eine von beiden Theilen seine Leistung gemacht, der Andere sie angenommen hat, dieser nunmehr einen Anspruch auf Erfüllung der Gegenleistung gegen den Anderen geltend machen könne. Der Vollzug der Leistung von der einen Seite (das *tradere* und *certa lege dare: fr. 45. D. de pact. 2, 14; fr. 8. D. de praescr. verb. 19, 5; fr. 1. § 2. D. de rer. permut. 19, 4*) war es, welcher nach der Anschauung der Römer solche Fälle über das Niveau des *nudum pactum* erhob: *et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquid* (*Ulp. fr. 15. D. de praescr. v. 19, 5*).

§ **711**] Das Gebiet dieser *nova negotia* erstreckte sich weit über den Stoff der Realcontracte hinaus, denn, anders als diese, umfaßten jene nicht bloß Sachleistungen, sondern Leistungen jeglichen Werthes, z. B. Aufsuchung eines *servus fugitivus* (*Ulp. fr. 15. D. eod.*), und gingen nicht immer auf Restitution, sondern oft auch auf selbständige Gegenleistung. Man brachte die mancherlei hier denkbaren Fälle unter die vier Kategorien: 1) *do, ut des,* 2) *do, ut facias,* 3) *facio, ut des* und 4) *facio, ut facias* (*Paul. fr. 5. pr. eod.*), von denen wohl die ersteren beiden die am frühesten anerkannten waren.[13] Für einige hervorragende Fälle fehlte es auch nicht an herkömmlichen und selbst in die juristische Terminologie aufgenommenen Bezeichnungen (z. B. *permutatio, contractus aestimatorius*), doch fanden diese in der Klagformel keinen Platz, und insofern erschien der Contract als ein unbenannter, die Klage als eine namenlose: sie wurde daher allgemein als *civilis incerti actio* oder *condictio incerti*[14] (*Jul. fr. 19. § 2. D. de precar. 43, 26*), oder nach der Formelconstruction** als *praescriptis verbis actio* bezeichnet; da diese Fälle sich zu den Contracten des republikanischen Civilrechts etwa so verhielten, wie die prätorischen *in factum actiones* zu den älteren prätorischen,† so erklärt sich, daß jene Klage wohl auch als *civilis in factum actio* bezeichnet wurde (*Jul. fr. 5. § 2. i. f. D. eod.*).

Die Klage ging auf Erfüllung der Gegenleistung (*fr. 26. eod.*), bez. auf Leistung des *id, quod interest* (*fr. 5. § 1. 2; fr. 7. eod.*), und selbst

*) s. dazu Excurse S. 128. 129. **) s. oben Cursus § 346. 639. †) s. oben Cursus § 235.

der Gegner, dem zuerst geleistet war, konnte mit ihr nachher Evictionsersatz fordern (*Jul. fr. 5. § 2. eod.;* dazu die fragliche Mittheilung Ulpian's[15] in *fr. 7. § 2. D. de pact. 2, 14*).

§ **712**] So lange aber der, welcher zuerst leistete, noch nicht die Gegenleistung gefordert hat, stand ihm in gewissen dem Mandat ähnlichen Fällen der Kategorie *do, ut facias* auch frei, statt der Gegenleistung den Inhalt der seinerseits gemachten Vorleistung zurückzufordern. Der Karakter dieser *ad repetendum condictio* (oft auch kurz *condictio* oder *repetitio* genannt) wird von Paulus dahin bezeichnet, *ut, si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta* (*fr. 5. § 1. D. de praescr. v. 19, 5*), d. h. sie ist ein Anwendungsfall derjenigen *condictio sine causa*, welche auch speciell *condictio ob causam datorum* oder *causa data causa non secuta* heißt;* von Neueren aber wird sie als *jus poenitendi* oder Reurecht bezeichnet.[16]

In anderen Fällen scheint diese Rückforderungsklage nur dann zulässig gewesen zu seyn, wenn die für die Gegenleistung bestimmte Zeit verstrichen (*fr. 5. § 2. eod.; fr. 19. pr. D. de reb. cred. 12, 1*), oder die Gegenleistung nicht in gehöriger Weise realisirt ist (*fr. 16. D. de cond. causa data 12, 4*). Bei dem schwankenden Verhalten der Jurisprudenz zu dem jungen Dogma der Innominatcontracte mögen es vornehmlich die Sabinianer[17] gewesen seyn, welche, dem Neuen abhold, der *repetitio* einen größeren Spielraum gönnten, die Proculianer, welche sie einzuschränken und damit das freiere Vertragsprincip zu befestigen trachteten.

§ **713**] Vom Kauf sonderten sich, namentlich seitdem die Theorie vom *pretium* schärfer entwickelt wurde, zwei Geschäfte ab: der Tausch (*Gai. 3, 141; fr. 1. pr. D. de rer. permut. 19, 4; fr. 5. § 1. D. de praescr. verb. 19, 5; fr. 1. § 1. D. de contr. emt. 18, 1*) und der Trödelvertrag (*fr. 1. pr. D. de aestimatoria 19, 3*), und es behauptete sich seitdem die Ansicht, daß diese Contracte nur mittels einer *praescriptis verbis actio*, d. h. nach den Grundsätzen der Innominatcontracte geltend zu machen seien.

1) Der Tausch (*permutatio*) — d.h. Uebereinkunft über Leistung von Waare gegen Waare, also zur Kategorie des *do, ut des* gehörig — unterscheidet sich vom Kauf, welcher auf dem Gegensatz von Preis zu Waare beruht,** dadurch, a) daß der *permutator* nicht bloß zum *praestare rem habere licere*, sondern zur Gewährung des Eigenthums verpflichtet ist (*fr. 1. § 3. D. de rer. perm. 19, 4;* dazu *Basilic. XX, 3, 1*); b) daß die hingegebene Sache auch ohne Creditirung der Gegenleistung sofort in des Empfängers Eigenthum gelangt (*fr. 34. pr. i. f. D. de auro leg. 34, 2; l. 4. C. de rer. perm. 4, 64*); c) daß dem, welcher geleistet hat, die Wahl ist, entweder auf Erfüllung, bez. das Interesse (z.B. wegen Eviction) zu klagen, oder aber mit der *condictio* das hin-

*) s. unten § 723. **) s. oben Cursus § 680.

gegebene Tauschobject zurückzufordern (*fr. 5. § 1. D. de praescr. v. 19, 5; l. 1. i. f. C. eod.*).

2) Der Trödelvertrag (*contractus aestimatorius*) — d. h. Ueberlassung einer Sache unter eventueller Verpflichtung des Empfängers zur Restitution *in eadem specie* — ist ein Contract *do, ut des aut facias;* er unterscheidet sich vom Kauf dadurch, daß der Trödler den vereinbarten Preis nicht schlechthin, sondern nur für den Fall der Nichtrestitution der Waare, verspricht, von der *locatio operis* und dem Mandat, dadurch, daß der Trödler zum Feilhalten und Verkaufen der Waare nicht verpflichtet, sondern nur befugt wird. Dabei lucrirt der Trödler (*scrutarius: Gell. 3, 14*) im Fall vortheilhaften Verkaufs den erzielten Ueberschuß. Das Eigenthum geht nicht an den Trödler, aber wohl durch Verkauf seiten desselben an den Dritten über; und der Trödler trägt daher auch nicht das *periculum rei*, außer wenn er den Anstoß zum Trödelgeschäft gegeben (*Paul. II, 4. § 4; fr. 17. § 1. D. de praescr. verb. 19, 5*) oder den Preis schlechthin zugesagt hat (*aestimationem se praestiturum recepit: Ulp. fr. 5. § 3. D. commodati 13, 6*).

Literatur: 1) Diesen Ausdruck hat Unterholzner (Lehre v. d. Schuldverhältnissen II. § 761) zur Geltung gebracht. — 2) Bruns i. Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. I. S. 112. — 3) Ders. S. 48—58. — 4) Ders. S. 90. 91. — 5) Puchta Curs. d. Instit. II. § 168. Dazu Schirmer die Judicialstipulationen S. 14 ff. — 6) Bruns S. 69. — 7) Ders. S. 51. 69. 97—100. — 8) Ders. S. 105. — 9) Schilling Instit. III. § 340. 341. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. § 68. — 10) Ders. in Savigny's Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. X. S. 138 ff. Schilling § 344. Erinn. (S. 723). — 12) Gans Ueb. Röm. Oblig.-R. (Heidelb. 1819) S. 169 ff. Pöhls Versuch e. gründl. Darstellg. d. Lehre v. Innom.-Contr. (Heidelb. 1821). Wächter *doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis* (Tub. 1822). Erxleben *de contractuum innom. indole ac natura* (Gött. 1835). von der Pfordten Abhandl. aus d. Pandektenrecht (Erlang. 1840) S. 259—290. — 12) Gans S. 180—186. — 13) Schilling § 324. S. 577. — 14) vergl. Dens. § 325. Anm. a). — 15) Ueber diese Antinomie s. Pöhls § 31. — 16) Die richtige Theorie von dem nur beschränkten Reurecht ist von Gans (§ 10), der es ganz leugnete, angebahnt, zuerst von Erxleben (p. 143 sq.) begründet worden. Vergl. dazu Hasse im Rhein. Museum VI. S. 46—52., Wächter p. 30 und 115 sq., v. d. Pfordten S. 287 ff. u. Schilling § 325 (S. 587. 588). — 17) Ders. S. 577. 589. — Ueber einige Fälle vergl. auch Dens. S. 453. 482.

XL. Kapitel.

II. Die Delictsobligationen.*

§ 714] I. Delicte gegen die Person. Die in privatrechtlichen Betracht kommenden, d. h. eine Privatentschädigungspflicht begründenden Delicte sind entweder gegen die Person selbst, oder gegen deren Vermögen (einzelne Stücke desselben) gerichtet. Ursprünglicher Ausdruck dieses Dualismus sind die Begriffe der *Injuria* und des *Furtum*.** Beide entspringen aus *dolus*, dort dem *animus injuriandi*, hier dem *animus lucrandi*. Daneben tritt eine gewissermaßen

*) s. oben Cursus § 621. **) s. oben Cursus § 628.

ergänzende Kategorie, alle Vermögensbeschädigungen umfassend, welche ohne Gewinnsüchtigkeit, vielleicht ohne bestimmten Zweck, ja ohne *dolus,* nur durch *culpa* verursacht sind.

„*Injuria* ist Unrecht überhaupt, besonders das wissentliche, in einem noch engern Sinn das Unrecht in der reinen Absicht des Unrechts, *injuriae faciendae causa*, also mit dem ausschließlich gegen die Persönlichkeit des Verletzten gerichteten Animus, dem *animus injuriandi*“[1] — *Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat; omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur; specialiter autem injuria dicitur contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβριν appellant* (*Ulp. fr. 1. pr. D. de injuriis et famosis libellis 47, 10*). *Itaque pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest; facere nemo, nisi qui scit, se injuriam facere, etiamsi nesciat, cui faciat* (*Ulp. fr. 3. § 2. eod.*).

Injuriöse Angriffe auf die Person sind entweder Körper- oder Ehrverletzungen (*Labeo fr. 1. § 1. eod.*): beide sind in den XII Tafeln bedroht (*Paul. Sent. rec. V, 4. § 6*), und beide erscheinen dort in einer schwerern und einer leichtern Art: 1) die Körperverletzung ist danach entweder *membri ruptio* oder eine geringere Beschädigung; 2) die Ehrenkränkung ist entweder eine öffentliche Schmähung (Pasquill, *occentatio, carmen famosum*), oder eine geringere Verunglimpfung. — Die schwerern Fälle beider Arten waren mit äußerer Wiedervergeltung (*talio*) bedroht, d. h. ein Gliedbruch mit Gliedbruch (*Gai. 3, 223; Fest. v. talio; Gell. 20, 1*), eine öffentliche die Ehre des Bürgers in den Augen seiner Mitbürger vernichtende Schmähung mit capitaler Geißelung (*Cic. de republ. 4, 10; Tuscul. quaest. 4, 2; Fest. v. occentassint*); andere Fälle waren nur mit Geldbuße bedroht, wobei noch zwischen *os fractum* (300, bez. 150 As bei Freien, bez. Sklaven) und *ceterae injuriae* (25 As) unterschieden wurde (*Gai. 3, 223*).

§ 715] Milderen Sitten und veränderten Geldverhältnissen späterer Zeit konnte jenes Zwölftafelrecht nicht mehr entsprechen, es wurde daher theils durch das Prätorische Edict, theils durch die Civilgesetzgebung (*lex Cornelia de injuriis* von Sulla, a. 81 v. Chr.) ein neues System geschaffen, und auf dieser Grundlage namentlich durch Labeo, wie wir aus Gellius *N. A. 20, 1* und aus Ulpian's *lib. 56. 57.* und *77. ad Edictum* (*fr. 1. § 1. 2; fr. 5. § 5; fr. 7. § 1. 4. 8; fr. 15. pr. § 3. 7. 16. 26; fr. 27. eod.*) erkennen, die Injurientheorie der classischen Jurisprudenz errichtet, eine Theorie, welche sich als ächte Wächterin der nationalrömischen Gravität und Wohlanständigkeit erwies (vergl. z. B. *fr. 15. § 22. 27; fr. 26. eod.; Paul. V, 4. § 15*), in feinster Weise die feinen Gesichtspunkte der mannichfaltigen Ehrenkränkung festzustellen wußte, und dann auch in Senatsconsulten und kaiserlichen Constitutionen Unterstützung erhielt (*fr. 5. § 10; fr. 7. § 6; fr. 15. § 13; fr. 37. pr. eod.*).

1) Das Edict sprach aus: *Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cujusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum judicium dabo* (*fr. 15. § 2. eod.*); fügte dann hin-

zu: *ne quid infamandi causa fiat: si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam* (*fr. 15. § 25. eod.*), worunter wohl auch Beleidigungen von Gewaltuntergebenen Anderer gerechnet wurden; gewährte außerdem auf Grund einer *causae cognitio* das *judicium injuriarum,* wegen ungehöriger Angriffe auf fremde Sklaven (*fr. 15. § 34. eod.*) und ließ auch im Nothfalle einen Gewaltuntergebenen selbst wegen erlittener Beleidigung zu (*fr. 17. § 10. eod.*).

2) Die *lex Cornelia*[2] zeichnete die *injuria, quae manu fit,* noch besonders aus, drei Fälle namhaft machend: a) die einfache Realinjurie (*pulsatio*), b) Prügel (*verberatio*), und c) gewaltsames Eindringen in die Wohnung (*fr. 5. pr. § 1. 2. 5. eod.*). In solchen Fällen sollte der Betroffene die Wahl zwischen der prätorischen Privatstrafklage und einer *publica accusatio* haben: auch letztere verschaffte, abgesehen von der dem Thäter drohenden Intestabilität, dem Kläger eine Geldentschädigung (*Paul. Sent. rec. V, 4. § 8; fr. 5. 37. § 1. D. eod.; fr. 12. § 3. 4. D. de accus. 48, 2*).

3) Die kaiserliche Jurisprudenz führte dann die Unterscheidung von leichteren und gröberen Injurien, von denen jene im Edict, diese in der *lex Cornelia* hervortretend waren, weiter aus, indem sie nach Labeo's Vorgang a) Verbal- und Realinjurien, oder b) mehr nach inneren Momenten *leves* (*arg. fr. 7. § 2.* und *fr. 13. § 7. D. de inj. 47, 10*) und *atroces injuriae* (*fr. 7. § 7. eod.*) unterschied. *Injuriam fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur, verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit* (*fr. 1. § 1. eod.*). *Atrocem injuriam quasi contumeliosiorem et majorem accipimus; atrocem autem injuriam aut persona aut tempore aut re ipsa fieri, Labeo ait. Persona atrocior injuria fit, ut cum magistratui, cum parenti, patrono fiat; tempore, si ludis et in conspectu; nam Praetoris in conspectu, an in solitudine injuria facta sit, multum interesse ait; re atrocem injuriam haberi, Labeo ait, utputa si vulnus illatum vel os alicui percussum* (*fr. 7. § 7. 8. eod.*). Wegen *atrox injuria* konnte auch ein Kind (wenn es *sui juris* war) gegen den Vater, ein *libertus* gegen seinen Patron klagen (*fr. 7. § 2. 3. eod.*). c) Unter den Ehrenkränkungen wurde unterschieden, ob sie *palam* (d. h. *in coetu,* oder *in publico* oder *vociferatione plurium*) oder *privatim* begangen wurden: jene hießen *convicia,* diese *infamationes* im engeren Sinn (*fr 15. § 4. 11. 12. eod.*).

§ **716**] Injurien, welche nahen Angehörigen (Kindern, Gattin, Braut) eines Anderen zugefügt wurden, galten zugleich als Injurien gegen diese selbst (s. g. mittelbare Injurien: *fr. 1. § 8; fr. 5. § 6. eod.*). *Aut per semetipsum alicui fit injuria, aut per alias personas; per semetipsum, cum directo ipsi cui patrifamilias vel matrifamilias fit injuria; per alias, cum per consequentias fit: cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive; spectat enim ad nos injuria, quae his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subjecti sint. Et si forte cadaveri defuncti fit injuria, cui heredes exstitimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem. Quotiens autem funeri testatoris fit injuria, dicendum est, he-*

redi quodammodo factam: semper enim heredis interest, defuncti existimationem purgare (*fr. 1. § 3. 6. eod.*). So kann auch eine Handlung mehrere Injurien enthalten: *Neratius ait, ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem, neque ullius actionem per aliam consumi: utputa uxori meae filiaefamilias injuria facta est: et mihi, et patri ejus, et ipsi injuriarum actio incipiet competere* (*fr. 1. § 9. eod.*). *Quodsi viro injuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxore aequum est* (*Paul. fr. 2. eod.*). Wie ein Sklave, so repräsentirte auch ein Wohnhaus oder Geschäftslokal seinen Eigenthümer: *convicium non tantum praesenti, verum absenti quoque fieri posse, Labeo scribit; proinde si quis ad domum tuam venerit te absente, convicium factum esse dicitur; idem, etsi ad stationem vel tabernam ventum sit, probari oportere* (*fr. 15. § 7. eod.;* dazu *fr. 20. eod.*).

Die Privatklage des neueren Rechts aus dem Edict und bez. auf Grund der *lex Cornelia* (s. *fr. 7. § 6; fr. 37. § 1. eod.*) hieß allgemein *injuriarum actio* und ging auf eine nach der Schwere des einzelnen Falls zu bemessende Geldentschädigung (*pro qualitate facti arbitrio judicis aestimanda poena: Paul. V, 4. § 7*), deren Höhe auch von der Persönlichkeit der Betheiligten abhängt, (*secundum gradum dignitatis vitaeque honestatem crescit aut minuitur aestimatio injuriae: § 7. J. de injur. 4, 4*). Der Fall mußte demgemäß in der Klage sorgfältig specificirt werden, *quia qui famosam actionem intendit, non debet vagari cum discrimine alienae existimationis, sed designare et certum specialiter dicere, quam se injuriam passum contendat* (*Ulp. fr. 7. pr. D. eod.*). Bei *injuriae non atroces* sollte der Betroffene selbst taxiren, außerdem taxirte der Prätor durch Anordnung des *vadimonium*,* und das richterliche Urtheil durfte diesen Betrag nicht übersteigen (*Gai. 3, 224*). Die Klage wurde *ex bono et aequo* behandelt (*fr. 11. § 1. D. eod.*); übrigens infamirte sie den Verurtheilten (*Gai. 4, 182*), und Freisprechung gewährte eine Widerklage (*contrarium judicium* auf ein Zehntel des Taxbetrags: *Gai. 4, 177*). Nach Verlauf eines Jahres erlosch die *injuriarum actio* (*fr. 17. § 6. D. eod.; l. 5. C: de injur. 9, 35*).

§ **717**] II. **Delicte gegen das Vermögen;** dieselben unterscheiden sich, je nachdem sie aus Gewinnabsicht entsprungen, oder ohne solche begangen sind: jene bilden das *Furtum* im weitern Sinn, diese das *Damnum injuria datum.*

A. *Furtum,* Diebstahl im Sinn der XII Tafeln war jede *fraudulosa rei contrectatio lucri faciendi gratia,* wobei es (wenigstens nach späterer Interpretation) gleichgültig war, ob der Dieb die Sache sich ganz aneignen (*furtum ipsius rei*), oder nur ihren Gebrauch oder Besitz (*furtum usus possessionisve*) sich widerrechtlich verschaffen wollte (*Gai. 3, 195. 196; fr. 1. § 3. D. de furtis 47, 2*). Die XII Tafeln unterschieden ein *furtum manifestum* und *nec manifestum,* und diese Unterscheidung ward gegenüber Servius und Sabinus von Labeo als die

---

*) s. oben Cursus § 139. 248.

eigentlich begriffliche Eintheilung für die Theorie festgehalten (*Gai. 3, 183*). *Fur manifestus* ist, wer sich auf frischer (handhafter) That ertappen läßt, d. h. bei der That selbst oder doch mit deren unmittelbaren Merkmalen ergriffen oder verfolgt wird: solche Offenkundigkeit galt dem naiven Rechtssinn als Symptom der Frechheit und umfaßte natürlich vorzugsweise die Fälle gewaltthätiger Angriffe, sei es auf Personen oder Grundstücke (*Cic. pro Tull. § 50; Gell. 11, 18; Gai. 3, 209*): demgemäß bedrohten die XII Tafeln ihn mit Geißelung und *addictio* an den Verletzten (unter Offenhaltung sühnender Abfindung durch Geld: *Cic. pr. Tull. § 50; Gell. 20, 1; Gai. 3, 189*), den *fur nec manifestus* mit *poena duplionis* (*Fest. v. Si adorat; Gai. 3, 190*), welche Geldbuße ursprünglich nichts Andres als eine gesetzlich bestimmte Sühne, d. h. ein gezwungner Sühnvertrag war. Bei nächtlichem Diebstahl oder bewaffneter Gegenwehr war Tödtung erlaubt (*Gell. 11, 18; fr. 4. D. ad leg. Aquil. 9, 2*).*

§ **710**] Unter dem Einflusse der Prätoren erfuhr dann jenes alte System mehrfache Umgestaltung, sowohl was den Delictsbegriff, als was die Strafsanction betrifft. Zunächst substituirte das Edict jener Capitalstrafe wegen *furtum manifestum* eine Geldstrafe, die *poena quadrupli* (*Gai. 3, 189*): hiernach umfaßte nunmehr die pecuniäre *actio furti* alle Arten des *furtum;* sie steht jedem Interessenten auf *quadruplum* oder *duplum*** gegen jeden Urheber und Gehülfen zu (*Paul. II, 31. § 4; Gai. 3, 202*); mit ihr concurrirt cumulativ die reipersecutorische *condictio furtiva,* die dem *dominus rei furtivae* zusteht (*fr. 1. D. de cond. furt. 13, 1*).

Außerdem wurde seit dem *Edictum Luculli* (bald nach der *lex Plautia de vi* vor dem Jahre 63 v. Chr. aufgestellt) neben dem *furtum* ein besonderer Begriff der *rapina* (Raub) ausgebildet, so daß nun zwischen *clandestina* und *violenta contrectatio* (*lucri faciendi causa*) unterschieden, und (wohl seitdem auch) der Begriff des *furtum* auf Mobilien eingeschränkt wurde (*Gai. 2, 51; Ulp. fr. 25. pr. D. de furt. 47, 2*), denn in cultivirten Zuständen ist heimliche Besitzentziehung von Grundstücken schwer denkbar. Die *rapina* gilt nun als selbständiges Seitenstück des *furtum: Julianus scribit, eum, qui vi rapit, furem esse improbiorem* (*fr. 2. § 10. D. vi bonor. rapt. 47, 8*)*; et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me actionem vi bonorum raptorum* (*Ulp. fr. 3. § 23. eod.*), daher diese Klage jedem Interessenten zusteht (*fr. 2. § 22. eod.*). Sie concurrirte electiv mit der *actio furti,* unter Umständen auch mit der *actio legis Aquiliae* (*fr. 2. § 26. eod.*) und gewährte vor der ersteren den Vortheil, a) daß sie nicht, wie die *actio furti* im Fall eines *furtum nec manifestum,* bloß auf das *duplum,* sondern auf das *triplum*† (mit Einschluß der *rei persecutio:* das *quadruplum*) ging (*Gai. 3, 209*), und b) daß sie auch nach Geltendmachung der *actio furti, in id quod am-*

*) Vergl. Excurse S. 115. **) Vergl. Cursus § 477. †) Vergl. dazu Cursus § 477.

plius in ea est, angestellt werden kann (*fr. 1. pr. eod.*). Sie blieb in Anwendung, auch nachdem die *vis* im Wege eines *publicum judicium* verfolgbar geworden war (*fr. 1. § 1. eod.*).

§ **719**] B. *Damnum injuria datum.* Für den Fall einer Vermögensbeschädigung ohne Gewinnabsicht, z. B. aus bloßem Muthwillen, Bosheit, Rachsucht, Vorwitz oder Ungeschicklichkeit, scheint in den XII Tafeln eine reipersecutorische Schädenklage, die *actio de rupitiis sarciendis,*[3] begründet gewesen zu seyn (*Fest. v. Rupitias* und *Sarcito; Paul. Sent. rec. I, 12. § 2*), welche vielleicht auf *noxia* durch *ruptio* beschränkt war (*Gai. 3, 217*) und darum später durch ein umfassenderes Gesetz, die berühmte *lex Aquilia,* (a. 287 v. Chr.?) ergänzt, bez. ersetzt wurde (*fr. 1. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2*).

Dieses neue Gesetz zeichnete sich dadurch aus, daß es sich nicht bloß auf Sachen aller Art, sondern auch auf Forderungen erstreckte (*Gai. 3, 215. 216*), daß es gewisse Unterschiede zwischen den körperlichen Beschädigungen aufstellte, und daß es einen sachgemäßen und praktischen Entschädigungsmodus festsetzte. In dem ersten Capitel ward wegen Tödtung von fremden Sklaven oder fremdem vierfüßigen Vieh (*pecudes*), im zweiten Capitel wegen doloser Vernichtung einer *aliena obligatio* (nämlich durch *acceptilatio* seiten eines *adstipulator*),[4] im dritten wegen Tödtung andrer Thiere, Vernichtung andrer Sachen oder überhaupt wegen Beschädigung irgendwelcher Thiere oder lebloser Sachen Andrer dem Beschädigten eine Entschädigungsklage (*actio damni injuriae s. legis Aquiliae*) gegeben, und zwar auf Ersatz des höchsten Geldwerths des vernichteten oder beschädigten Dinges während des letzten Jahres (*Cap. 1: fr. 21. § 1; fr. 23. § 6. D. eod.*) oder Monats (*Cap. 3*) oder einfach auf *quanti ea res est* (*Cap. 2*).*

Im Fall der Tödtung eines fremden Sklaven concurrirte (seit der *lex Cornelia de sicariis*) mit der *actio legis Aquiliae* das Recht, den Thäter im *judicium publicum* criminell anzuklagen (*Gai. 3, 213*).

§ **720**] Nach dem Wortlaut des Gesetzes waren darunter offenbar nur die Fälle einer unmittelbaren und positiven sinnlichen (handgreiflichen) Einwirkung des Thäters, m. a. W. ein *damnum corpore corpori datum* begriffen, es machte sich daher eine freie Interpretation und Ausdehnung auf analoge Fälle geltend, theils auf Handlungen des Versagens, die mehr einen omissiven Karakter haben, theils auf indirecte und selbst bloß geistige Einwirkungen: in solchen Fällen ließ die spätere Jurisprudenz die *actio legis Aquiliae utiliter* zu oder gab eine *in factum actio ad exemplum legis Aquiliae; placuit, ita demum ex ipsa lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, quia alio modo damno dato utiles actiones dantur, velut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderit, vel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit, ut mor-*

*) Ueber diese Klage als *legis actio*, sowie als *actio infitiatoria* und *mixta* s. oben Cursus § 147. 260 u. 474 a. E.

tuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit (*Gai. 3, 219*). *Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit: ut si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse, sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam; quae sententia vera est, magis enim causam mortis praestitit, quam occidit* (*Ulp. fr. 9. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2*).

In manchen Fällen, z. B. absichtlicher Verletzung eines Sklaven, kann zugleich eine Ehrenkränkung (des Herrn) enthalten seyn: dann concurrirt mit jener Klage die *actio injuriarum* cumulativ (*fr. 5. § 1. D eod.*); die *actio legis Aquiliae* aber greift wegen jeglicher, nicht bloß absichtlicher, Verschuldung Platz, z. B. *si lapsus aliquis servum alienum onere presserit, Pegasus ait, lege Aquilia eum teneri, ita demum, si vel plus justo se oneraverit, vel negligentius per lubricum transierit* (*Ulp. fr. 7. § 2. eod.*).

Eine Ausdehnung über das eigentliche Vermögensgebiet hinaus war es, daß die Klage als *utilis* auch dem an seinen Gliedmaßen Beschädigten gegeben wurde, doch nur auf Ersatz der Heilungskosten und des versäumten Arbeitslohns: *scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat* (*arg. Gai. fr. 3. D. si quadr. pauper. 9, 1*); *directam Aquiliae actionem non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur* (*Ulp. fr. 13. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2;* dazu *fr. 7. D. de his qui effud. 9, 3*). —

Schon in den XII Tafeln waren einige Arten widerrechtlicher Schadenszufügung neben der *actio de rupitiis* aufgeführt gewesen: wegen Frevels an Bäumen und Früchten auf dem Felde, sowie an Sklaven; die hierauf gegründeten Klagen, nämlich die *actiones arborum furtim caesarum s. de arboribus caedendis* (*Gai. 4, 11; fr. 1. 5. § 1; fr. 7. 8. D. arborum furt. caes. 47, 7; Plin. hist. nat. 17, 1?*), *frugis furtim noctu sectae* (*Plin. hist. nat. 18, 3*) und *servi corrupti* (*Paul. I, 12. § 2;*[5] *fr. 1. 5. § 2. D. de servo corr. 11, 3*) erhielten sich auch später fort, und namentlich die letztere fand in dem Edict und der Jurisprudenz weitere Entwicklung.

§ **721**] III. Aus der großen Mannichfaltigkeit schädigender Verschuldungen fand der Prätor sich veranlaßt, einige Fälle herauszugreifen, um eine besondere Klage zu geben ohne Rücksicht auf den Grund und Zweck der That, so daß diese Klagen insofern die Gebiete des *furtum* (bez. der *rapina*) und des *damnum injuriae* gleichmäßig umfaßten.

Diese Fälle waren 1) Vermögensbeschädigung eines Anderen durch eine zu diesem Behufe bewirkte Zusammenrottirung: zufolge des Edicts, *si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur, judicium dabo,* welches mit dem *edictum de vi* verbunden war (*fr. 2. pr. D. de vi bon. rapt. 47, 8*) und dieses insofern ergänzte, als es auch außer dem Fall der Gewaltanwendung und des *animus lucrandi* Platz griff (*fr. 2. § 2. 8. eod.*); 2) Vermögensbeschädigung eines Anderen während eines Auflaufs (*tumultus s. turba, i. e. multitudinis hominum turbatio et coetus: Labeo fr. 4. § 3. eod.*): zufolge des Edicts, *cujus dolo*

malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum judicium dabo (*fr. 4. pr. eod.*); *neque exigit Praetor, ut ab ipso sit turba convocata, sed hoc, ut dolo alicujus in turba damnum datum sit; eritque haec differentia inter hoc Edictum et superius, quod ibi de eo damno Praetor loquitur, quod dolo malo hominibus coactis datum est, vel raptum etiam non coactis hominibus. At hic de eo damno, quod dolo malo in turba datum est, etiamsi non ipse turbam coëgit* (*fr. 4. § 6. eod.*). 3) Vermögensbeschädigung bei Gelegenheit einer Calamität, z. B. *propter tumultum vel trepidationem incendii:* zufolge des Edicts, *in eum, qui ex incendio, ruina, naufragio quid rapuisse, recepisse dolo malo, damnive quid in his rebus dedisse dicetur, judicium dabo* (*fr. 1. pr. D. de incendio 47, 9*); *qui autem rem in litore jacentem, posteaquam naufragium factum est, abstulit, in ea conditione est, ut magis fur sit, quam hoc Edicto teneatur; quemadmodum is, qui, quod de vehiculo excidit, tulit* (*fr. 3. pr. eod.*); 4) Vermögensbeschädigung bei Gelegenheit eines Schiffs- oder Landgefechts, zufolge der dem vorhergenannten Edict eingeschalteten Clausel: *rate, nave expugnata* (*fr. 3. § 1. eod.*), welche durch Labeo auf den Fall einer *domus vel villae expugnatio* ausgedehnt wurde (*fr. 3. § 2. eod.*).

Die Klagen gingen auf *quadruplum*, im Fall von 2) jedoch nur auf *duplum* (den Betrag des Schadensersatzes eingerechnet: *fr. 4. § 7. D. vi bon. rapt. 47, 8; fr. 1. pr. D. de inc. 47, 9*). —

Abseits liegt eine andere Klage, welche gewissermaßen die Elemente der Injurie und des *damnum injuriae* in sich vereinigt, die *actio sepulcri violati* wegen eines Grabfrevels, *in subsidium* auch als Popularklage* gewährt: zufolge des Edicts, *cujus dolo malo sepulcrum violatum esse dicetur, in eum in factum judicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur; si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicunque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo*, bez. unter Steigerung auf zweihundert Goldstücke (*fr. 3. D. de sepulcro viol. 47, 12*).

Literatur: 1) Puchta Curs. d. Instit. III. § 277. — 2) Huschke Gaius: Beitr. z. Critik S. 143; Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 42. — 3) v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproceß I. § 48. S. 173 u. II. § 95. Anm. 6. — 4) Rudorff in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIV. S. 385 u. Röm. Rechtsgesch. I. § 41. u. II. § 108. Huschke Gaius S. 108 ff. — 5) Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 41. Anm. 1. v. Keller Grundriß zu Vorlesungen S. 151—4.

XLI. Kapitel.

III. Legal-Obligationen.**

(*Variae causarum figurae.*)

§ 722] A. *Obligationes quasi ex contractu.* Unter den zu den *variae causarum figurae* gerechneten Obligationen tritt uns zunächst

---

*) s. oben Cursus § 476. **) s. oben Cursus § 622.

eine Gruppe solcher entgegen, welche eine gewisse Verwandtschaft mit den Contractsobligationen haben, denn der Umstand, auf welchen sie vom Gesetz gegründet sind, ist zwar nicht ein Contract, aber doch ein mit dem Wollen dessen, der verpflichtet werden soll, zusammenhängender und bez. durch dessen Handeln auch herbeigeführter: der Verpflichtete hat bei diesem Wollen und Handeln die betreffende Obligation zwar nicht bezweckt, aber doch (mittel- oder unmittelbar) herbeigeführt. Dies findet in gewissen Fällen Statt, welche theils dem *Mutuum*, theils der *Societas*, theils dem *Mandatum* verglichen werden können.

1. Ungerechtfertigte Bereicherung.[1] Wenn Etwas aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Anderen auf dem Wege des Rechtsgeschäfts übergegangen, die so vollzogene Bereicherung des Letzteren aber *sine justa causa* ist, so fordert die höhere Gerechtigkeit* eine Wiederaufhebung dieses Zustandes, denn *jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* (*Pomp. fr. 206. D. de R. J.*). Eine solche Bereicherung kann in der Erwerbung eines Sachenrechts oder eines Forderungsrechts bestehen; in diesen Fällen bedarf es einer besonderen Klage, um die vollzogene Veränderung zu beseitigen: dies ist die *condictio sine causa* im weiteren Sinn,[2] welche dem Beeinträchtigten das verlorne Eigenthum wieder verschaffen, bez. ihn von der begründeten Obligatio befreien soll: *constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam* (*Ulp. fr. 1. § 3. D. de cond. sine causa 12, 7*); *qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem* (*fr. 1. pr. eod.*). Offenbar ähnelt dieser Fall, wenn die Bereicherung eine sachliche und namentlich in Fungibilien bestehende ist, dem *mutuum*, daher die *condictio sine causa* ein Abbild der *condictio ex mutuo* genannt werden kann: *Is, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus; sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur* (*Gai. fr. 5. § 3. D. de O. et A. 44, 7*).

§ **723**] Bereicherungsfälle dieser Art sind: a) Wenn Jemand im Wahne dem Andern Etwas zu schulden (*falso existimans se debere*) eine Leistung macht, um die vermeintliche Schuld zu erfüllen, so hat er die *condictio indebiti: quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur* (*Pomp. fr. 7. D. de cond. ind. 12, 6*); *sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* (*Ulp. fr. 1. eod.*; dazu *fr. 50. eod.*); *ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debent, deducta impensa* (*Paul. fr. 65. § 5. eod.*).** — b) Wenn Jemand einem Andern

---

*) Vergl. die Excurse zu diesem Kapitel. **) Ueber den Einfluß des *juris error*, die Beweislast rücksichtlich des *indebitum* und den Satz: *interdum persona locum facit repetitioni* (*fr. 29. D. eod.*) vergl. die Pandektenvorträge.

eine Vermögenszuwendung macht in der bestimmten Erwartung irgend eines Thatumstandes — so daß diese nicht eine Bedingung, aber doch den eigentlichen Bestimmungsgrund bildet —, so hat der Geber im Täuschungsfalle die *condictio causa data causa non secuta** *s. ob causam datorum*, z. B. wenn ein *dos* in Erwartung der Verehelichung des Anderen demselben bestellt, oder wenn Jemandem eine *donatio sub modo*,** oder irgendwelche Leistung in Erwartung einer vertragsmäßigen Gegenleistung† gemacht ist: *damus aut ob causam aut ob rem; ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quia aliquid a te factum est, ut etiam, si falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit* (*Pomp. fr. 52. D. de cond. ind. 12, 6*)*; si ob rem non inhonestam data sit pecunia, ut filius emanciparetur, vel servus manumitteretur, vel a lite discedatur, causa secuta repetitio cessat* (*Ulp. fr. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4*). — c) Wenn Jemand etwas aus seinem Vermögen an einen Anderen verloren hat infolge einer unerlaubten Handlung des Letzteren, so hat jener die *condictio ob injustam causam: Perpetuo Sabinus probavit Veterum opinionem existimantium, id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici* (*Ulp. fr. 6. D. de cond. ob turpem vel inj. causam 12, 5*)*; ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat* (*Pomp. fr. 7. eod.*). — d) Wenn Jemand einem Anderen Etwas geleistet hat, um ihn zu einer Handlung zu bestimmen, so hat er, wofern die Annahme dieser Leistung für den Empfänger unehrenhaft war, gegen diesen die *condictio ob turpem causam: si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudo versatur, cessat repetitio; quotiens autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait, repeti posse: veluti si tibi dedero, ne mihi injuriam facias* (*Ulp. fr. 4. § 1. 2. eod.*).

§ 724] Manche Fälle sind so geartet, daß anfänglich eine wahre *causa* vorliegt, die aber nachher vielleicht wieder hinwegfällt, z. B. wenn eine *arrha* (Handgeld, Topschilling) zur Bestärkung eines geschlossenen Vertrags gegeben, und nachher der Vertrag wieder aufgehoben wurde (*causa finita*)*:* auch in solchen Fällen wird die *condictio* gewährt, welche dann allgemein *condictio sine causa* genannt wird. —

In allen Fällen dieses Systems der *condictiones sine causa* im weitern Sinn ist es die Voraussetzung, daß die Sache, um deren Rückforderung es sich handelt, rechtlich in das Vermögen (Eigenthum) des Empfängers übergegangen ist, denn sonst würde es einer *condictio* (persönlichen Klage) nicht erst bedürfen, sondern die *rei vindicatio* zu Gebote stehen. Bloß in Einem solchen Fall, nämlich gegen den *fur*, hat der Eigenthümer der entwendeten Sache eine mit der Eigenthums-

*) Eine offenbar auf Wortspiel beruhende Formel, welche so zu paraphrasiren ist: *repetitur, quasi ob rem datum, nec res secuta sit* (*Paul. fr.* 14. *D. de cond. c. d. c. n. s.* 12, 4), oder: *condictio, quia ea, quae ob causam data erant, causa non secuta est* (Schilling Institut. III. § 325. Anm. f. S. 592). **) s. oben Cursus § 463 a. E. †) s. oben Cursus § 712.

klage electiv concurrirende *condictio* (*furtiva*) auf die Sache oder deren Werth: *proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse* (*Ulp. fr. 12. D. usufr. quemadm. caveat. 7, 9*). Als *fur* gilt auch, wer wissentlich eine irrthümlich als Schuld gemachte Leistung annimmt, daher hier nicht die *condictio indebiti*, sondern *furtiva* begründet ist (*fr. 18. D. de cond. furt. 13, 1*).

§ 725] 2. Unverbindliche Rechtsgemeinschaft. Die normale Gestaltung der Eigenthumsverhältnisse ist die, daß Jeder seine Sachen im ungetheilten Eigenthum hat, denn die Concurrenz von Miteigenthümern hindert in der freien Bewegung, führt leicht zu Wirrnissen und belastet das Verhältniß der Personen zu den Sachen mit allerhand persönlichen Nebenrücksichten und Unzuträglichkeiten. Aus diesem Grund soll, wer auf irgend eine Weise in ein Miteigenthumsverhältniß gerathen und nicht etwa vertragsmäßig gebunden ist, darin zu verharren, berechtigt seyn, die Auflösung dieses Verhältnisses und Auseinandersetzung mit dem Miteigenthümer zu fordern: *In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri* (*Diocl. l. 5. C. communi dividundo 3, 37*). Die solchenfalls begründete Klage ist das *judicium divisorium*,* gewöhnlich *actio communi dividundo* genannt, welche auf Bewirkung, bez. Zulassung der Theilung (sei es natürlicher durch Realzerlegung,** oder ideeller durch Abfindung) und je nach Umständen auch auf gewisse persönliche Leistungen geht: *sicut ipsius rei divisio venit in hoc judicio, ita etiam praestationes veniunt, et ideo si quis impensas fecerit, consequatur* (*Ulp. fr. 4. § 3. D. communi dividundo 10, 3*).

Auf welche Weise solche Rechtsgemeinschaft entstanden sei, ob auf rechtlichem oder thatsächlichem Wege, ist im Allgemeinen gleichgültig. Der rechtliche Weg ist entweder ein Societätsvertrag, welcher, sobald er aufgehoben ist, dem Anspruch auf Theilung Raum läßt, oder eine s. g. *communio incidens*, d. h. eine von den Interessenten selbst nicht bezweckte Gemeinschaft. Dazu gehört, wenn durch Schenkung oder Vermächtniß oder Erbfall Mehrere *condomini* einer Sache (z. B. eines Pferdes, Grundstücks) geworden sind: die letzternfalls gewährte Theilungsklage, speciell *familiae herciscundae actio* genannt, war bereits in den XII Tafeln begründet. *Communiter res agi potest etiam citra societatem; utputa cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus res emta sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri* (*Ulp. fr. 31. D. pro socio 17, 2*) — *Familiae herciscundae actio proficiscitur a lege XII tabularum; namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur, aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur* (*Gai. fr. 1. pr. D. familiae herciscundae 10, 2*; dazu *fr. 2. pr. eod.*).

Auf thatsächlichem Wege entsteht eine *communio* durch zu-

*) s. oben Cursus § 231. 232. 469. **) Vergl. oben Cursus § 439.

fällige oder willkürliche Vermengung von Quantitäten mehrer Eigenthümer, oder durch Grenzungewißheit unter Nachbarn (z. B. *si irruptione fluminis fines agri confudit inundatio: Ulp. fr. 8. D. fin. reg. 10, 1*): wenn es sich letzternfalls nicht bloß um die technische Ziehung der Grenzlinie (*finale jurgium*), sondern um das Eigenthum an Stücken des eigentlichen Areals handelte (*controversia de loco*), so war die Klage darauf (*finium regundorum actio*), die gleichfalls aus den XII Tafeln stammte, eine wirkliche Theilungsklage;[3] denn, indem beide Nachbarn auf dasselbe Stück Anspruch machen, erscheint es vorläufig dem Einen so gut wie dem Anderen zugehörig, und wofern nicht der Eine gänzlich unterliegt, findet nun in der That eine Theilung des zuvor gewissermaßen gemeinsamen Striches Statt. *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est* (*Paul. fr. 1. D. finium regundorum 10, 1*). Diese Klage findet nur bei Feldgrundstücken und Gärten, nicht bei aneinanderstoßenden Gebäuden statt (*fr. 4. § 10. eod.*).

§ 726] 3. Geschäftsführung in fremder Angelegenheit kann Quelle eines Schuldverhältnisses werden, ohne daß der Geschäftsführer vom Geschäftsinteressenten selbst beauftragt ist; wäre dies der Fall, so würden die Grundsätze des Mandats maßgebend seyn; da dies nicht der Fall ist, kann höchstens von einer Analogie des Mandats geredet werden.

In gewissem Sinn läßt sich dies von dem zu einer Erbschaft Berufenen sagen, wenn der Erbschaft Legate auferlegt sind, denn solchenfalls ist es im Interesse des Bedachten, daß der berufene Erbe die Erbschaft antritt, bez. die ihm erworbene Erbschaft nicht zurückweist; der Erbe, indem er der Berufung Folge leistet, handelt zugleich im Interesse des Legatars, und dieser erwirbt aus dem Erbantritt, also durch Vermittelung des Erben das ihm zugedachte Recht, d. h. zunächst eine Klage gegen jenen auf Erfüllung des Legats. *Heres, qui legatum debet, neque ex contractu, neque ex maleficio obligatus esse intelligitur: nam neque cum defuncto, neque cum herede contraxisse quidquam legatarius intelligitur; maleficium autem nullum in ea re esse, plus quam manifestum est* (*Gai. fr. 5. § 2. D. de O. et A. 44, 7*). Deutlicher tritt die Mandatsähnlichkeit in folgenden Fällen hervor.

§ 727] a) *Negotiorum gestio*,[4] d. h. unberufene Uebernahme fremder Geschäfte, begründet zufolge des Prätorischen Edicts (*fr. 3. pr. D. de negotiis gestis 3, 5*) einen Anspruch auf Entschädigung für den *negotiorum gestor* wegen Kostenaufwands, für den *dominus negotii* aber wegen ungehöriger und nachtheiliger Ausführung des übernommenen Geschäfts, und analog dem Mandatsverhältniß heißt jener ***negotiorum gestorum actio contraria***, dieser ***directa***: jene zu gewähren ist zweckmäßig und billig, weil sonst nicht leicht Jemand freiwillig fremde Geschäfte übernehmen würde (*fr. 1. pr. eod.*), und solche Gefälligkeiten Schutz verdienen, diese aber ist gleichfalls billig, weil Einmischungen in fremde Angelegenheiten nicht ohne ernstliche Absicht zu nützen stattfinden darf, und durch Vordrängen des Einen leicht ein besserer

Vertreter verscheucht werden könnte (*fr. 2. eod.*). Als *alienum* gilt das *negotium*, wenn es *contemplatione alterius* übernommen ist (*fr. 6. § 3. eod.*); gleichgültig ist dabei, ob der *gestor* sich durch irgend eine besondere Rücksicht zur Uebernahme bewegen ließ (*fr. 3. § 10. eod.*), sowie ob er in der Meinung, beauftragt zu seyn, es that (*fr. 5. pr. eod.*). Voraussetzung der *actio contraria* ist überdies, daß das Uebernommene im wirklichen Interesse des *dominus* lag: *is qui negotiorum gestorum agit, non solum, si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium, et ideo si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, agit negotiorum gestorum: idque et Labeo probat* (*Ulp. fr. 10. § 1. eod.*). —

Unterzieht sich Jemand ohne Verpflichtung der Besorgung einer Leichenbestattung, so thut er das wie auf Geheiß und im Sinn des Verstorbenen: *qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede* (*Ulp. fr. 1. D. de religiosis et sumtibus funerum 11, 7*); solchenfalls belastet er die Erbmasse mit der Erstattungsverbindlichkeit (*fr. 14. § 1. eod.*) und kann mittels der *actio funeraria*[5] Kostenersatz von den Erben fordern, als hätte er deren *negotia* gerirt (*fr. 14. § 17. eod.*), selbst wenn es gegen der Erben Wunsch geschehen ist (*fr. 14. § 13. eod.*). Das Prätorische Edict, welches dies namentlich auch zu dem Behufe vorschrieb, *ne insepulta corpora jacerent, neve quis de alieno funeretur* (*fr. 12. § 2. 3. eod.*), sollte aber nur dann Platz greifen, wenn der Bestatter nicht aus reiner Liebe (*pietatis gratia*), sondern *hoc animo quasi recepturus sumtum, quem fecit*, gehandelt hat (*fr. 14. § 7. 13. eod.*).

§ 728] b) *Rerum pupillarium administratio s. tutelae gestio.* Schon in den XII Tafeln war insofern für den Vermögensschutz der Pupillen öffentlich gesorgt, als dem treulosen Vormund (*qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit: Paul. fr. 2. D. de tutelae et rationibus distr. actione 27, 3;* sei es mit oder ohne *animus furandi*) die auf das *duplum* des entzogenenen Werthes gehende *actio rationibus distrahendis* drohte, mit welcher im Fall des *animus furandi* die *actio furti* cumulativ concurrirte (*Ulp. fr. 1. § 19—22 eod.*).

Später aber, seitdem die Anschauung der Vormundstellung als einer Obligatio zwischen Vormund und Mündel Eingang gefunden hatte,* entwickelte sich in der Praxis eine allgemeine Quasicontractsklage, die *actio tutelae directa*, welche mit jener gemischten Pönalklage nun electiv concurrirte (*fr. 1. § 21. eod.*) und mit ihr darin übereinstimmte, daß sie gleich ihr infamirend wirkte, wofern *dolus* erwiesen wurde (*fr. 1. D. de his qui not. 3, 2*), und so lange jener der Vormund blieb, gegen ihn nicht angestellt werden konnte (*fr. 1. § 24. D. de tutelae 27, 3*). Diese neue Obligatio und Actio beruht auf dem Gedanken, daß, wer die deferirte Tutel übernimmt, in eine Stellung zu dem

*) s. oben Cursus § 418 u. 419 a. E.

Pupillen kommt, wie wenn er dessen Mandatar wäre: demgemäß ist auch die Möglichkeit einer *actio tutelae contraria* gegeben, welche der *actio mandati contr.* ebenso entspricht,* wie die gegenüberstehende Hauptklage der *actio mandati directa*, mit dem einzigen Unterschied, daß der *tutor* nur für *culpa in concreto* einsteht (*fr. 1. pr. D. eod.*).†

Wenn mehrere Vormünder für Ein Mündelvermögen ernannt sind (*contutores*), so müssen sie in der Regel vereint handeln: *si plures sunt tutores, omnes in omni re debent auctoritatem accommodare, praeter eos, qui testamento dati sunt, nam ex his vel unius auctoritas sufficit* (*Ulp. fragm. 11, 26*), und solidarisch haften: *tutorum periculum commune est in administratione tutelae, et in solidum universi tenentur* (*Tryph. fr. 55. pr. D. de admin. tutor. 26, 7*), doch kann Jeder Vertheilung auf die solventen Mitvormünder verlangen: *siquidem omnes solvendo sunt, aequissimum erit, dividi actionem inter eos pro portionibus virilibus exemplo fidejussorum*†† (*Ulp. fr. 1. § 11. D. de tutel. act. 27, 3*), und wer mehr als seinen Antheil leistet, hat Anspruch auf entsprechende Klagencession (*fr. 1. § 18. eod.*). — Bei getheilter Vormundschaft (*tutela divisa*) ist die Verantwortlichkeit eines jeden *contutor* auf seinen Verwaltungskreis beschränkt (*fr. 3. § 4. 9. D. de adm. tut. 26, 7*).

Der Vormund soll seine Thätigkeit mit einer Vermögensinventarisirung beginnen: *nihil gerere ante inventarium* (*s. repertorium*) *factum eum oportet, nisi id, quod dilationem nec modicam exspectare possit* (*Ulp. fr. 7. pr. eod.*) und in der Regel alsbald Bürgen (*satisdatio, rem pupilli salvam fore*) stellen (*Gai. 1, 199. 200*). Es gehört namentlich zu seiner Aufgabe, das Vorräthige zu bewahren und Capitalien sicher anzulegen; verschenken darf er nur in Fällen besonderer Familienrücksicht (*fr. 12. § 3. D. eod.*), und *praedia rustica* und *suburbana* [6] soll er zufolge einer *Oratio Septimii Severi* (a. 195 n. Chr.) nur im Nothfall und auf Grund obrigkeitlichen Decrets (*praevia cognitione*) veräußern oder belasten (*fr. 1. § 2. D. de reb. eor., qui sub tutela sunt, sine decreto non alienandis 27, 9*).

§ **729**] Neben dem oder den zur *tutelae gestio* berufenen Vormündern (*tutores gerentes*) können auch ein oder mehrere Nebenvormünder bestellt werden, welche entweder nur im Allgemeinen zur Aufsicht verpflichtet sind (*quasi observatores actus et custodes*) und *honorarii* genannt werden (*fr. 3. § 2. D. de admin. tutor. 26, 7*), oder mit ihrer Fachkunde dem Vormund in gewissen Fällen assistiren sollen (*tutores notitiae causa dati: fr. 32. § 1. D. de test. tut. 26, 2*): sie haften innerhalb dieser ihrer Aufgabe solidarisch.

Auch haften die, welche vor dem Prätor als Bürgen promittirt (*fidejussores*) oder die Tüchtigkeit des Vormunds versichert (*affirmatores*), oder auch nur stillschweigend die actenmäßige Eintragung ihres Namens gestattet haben (*Ulp. fr. 4. § 3. De de fidejussor.*

*) s. oben Cursus § 700.
†) s. oben Cursus § 614. 615.
††) s. oben Cursus § 665 a. E.

et nominator. tutor. 27, 7). Endlich haften subsidiär die Municipalmagistrate, wegen Nachlässigkeit bei der Einsetzung des Vormunds oder Annahme von Bürgen (*fr. 1. pr. § 1. 3. 8. D. de magistr. conveniendis 27, 8*). —

Die genannten Grundsätze wurden in der Praxis von der Alterstutel auf die mit Vermögensverwaltung verbundenen Arten der *cura* übertragen (*fr. 11. D. de auct. et consensu tut. et cur. 26, 8*): die Klage hieß hier *actio negotiorum curationis causa gestorum*, und konnte auch schon vor Abtretung des *curator* angestellt werden (*fr. 4. § 3. D. de tutelae act. 27, 3*). —

In Ansehung der Verantwortlichkeit wird, wer unbefugt (sei es wissentlich oder nicht) vormundschaftliche Geschäfte übernimmt (*protutor*), wie ein wirklicher Vormund behandelt (*fr. 1. § 1. D. de contraria tutelae 27, 4; fr. 1. § 1. D. de eo, qui pro tut. 27, 5*).

§ **730**] B. *Obligationes quasi ex delicto.* In manchen Fällen wird dem Beschädigten eine Entschädigungs- und bez. Strafklage gegen Jemand gegeben, ohne Rücksicht darauf, ob dieser an der Beschädigung selbst unmittelbar schuldig ist, vielmehr mit dem Hintergedanken, daß der zur Verantwortung Gezogene nur mittelbar betheiligt sei und hier eine fremde That zu vertreten habe. Nur ein gleichfalls in diese Gruppe gestellter Fall* setzt eigne Verschuldung des Haftenden voraus: die *actio in factum adversus judicem, qui litem suam fecit*, d. h. *qui dolo malo in fraudem legis sententiam dixit:* diese Klage, seit dem Mittelalter oft *actio ex syndicatu* genannt, geht auf die *vera litis aestimatio* (*fr. 15. D. de judic. 5, 1*) und nur gegen den Richter selbst, nicht gegen die Erben (*fr. 40. § 1. eod.*).

Die eigentlichen Fälle stellvertretender Haftung sind theils solche, in denen der Dritte unbeschränkt, aber bedingt — theils solche, in denen er beschränkt, aber unbedingt haftet; die ersteren beruhen sämmtlich auf dem Recht der XII Tafeln, die anderen auf dem Prätorischen Edict.

§ **731**] 1. Die Fälle unbeschränkter, aber bedingter Haftung sind:

a) die *Actio de pauperie*, welche im Fall einer *noxia s. pauperies*, d. h. einer unverschuldet erlittenen Beschädigung durch ein fremdes Thier — sei es eine *quadrupes* (XII Tafeln) oder sonst ein zahmes Thier (Praxis) — und zwar *contra naturam sui generis*, dem Beschädigten gegen den Eigenthümer des Thiers zusteht (*fr. 1. pr. § 1—9. D. si quadrupes pauperiem 9, 1*). Hat Jemand das zahme Thier gereizt, so haftet der Urheber *ex lege Aquilia*, und ist das Thier ein wildes (*bestia*), welches einen unvorsichtig ihm Nahenden, oder im freien Zustande Jemand anfällt, so ist kein Anspruch begründet: *in bestiis propter naturalem feritatem haec actio locum non habet, et ideo, si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit, et ideo, si eum occidi, meum corpus est* (*Ulp. fr. 1. § 10. eod.*).

*) Ein civilistischer Euphemismus, wie in ähnlicher Weise die *actio rerum amotarum*.

Eine spätere *lex Pesulania* wendete die *actio de pauperie* ausdrücklich auf Hunde an (*Paul. Sent. rec. I, 15. § 1;* dazu *fr. 2. § 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2*).

b) Die *actio de pastu*,[7] welche für den Fall, daß Jemandes Vieh (seiner Natur folgend) auf fremde Weide gegangen ist, eine Entschädigung verschaffen sollte (*fr. 14. § 3. D. de praescr. verb. 19, 5*).

c) Die *actiones noxales*,[8] welche dem von einem fremden Sklaven, dolos oder culpos, aber ohne Wissen und Willen des Herrn Beschädigten gegen den Letzteren auf Entschädigung und Strafe gegeben wurden. Diese Noxalklagen waren der betreffenden Entschädigungsklage, welche einem freien Thäter gegenüber begründet gewesen wäre (*actio furti* — dann auch *legis Aquiliae, injuriarum* und *vi bonorum raptorum: Gai. 4, 76*), als der Musterklage (*actio directa*), nachgebildet, und insofern ein Seitenstück der contractlichen *actiones adjecticiae qualitatis.** —

§ 732] Für diese drei Fälle (die *actio de pastu* wohl nicht ausgeschlossen) galt der alte Satz: *noxia* (*aut nequitia servi*) *non ultra corpus damnosa est* (*Gai. 4, 75*), d. h. der Eigenthümer kann sich durch Preisgebung des schuldigen Thiers oder Sklaven von der Entschädigungspflicht befreien: *noxali judicio invitus nemo cogitur servum defendere, sed carere debet eo, quem non defendit* (*Pomp. fr. 33. D. de noxal. act. 9, 4*), mithin *noxae deditio in solutione est, quae ex lege [XII tabularum] tribuitur* (*Ulp. fr. 6. § 1. D. de re jud. 42, 1*). Demgemäß war der Richter gehalten, im Fall erfolgender *noxae datio* nicht zur *litis aestimatio* zu schreiten: *noxalium actionum vis ac potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem* (*Gai. fr. 1. D. de nox. act. 9, 4*). Diese *noxae dedendae facultas* ist eine so wesentliche Bedingung der Entschädigungspflicht, aa) daß mit jener auch diese hinwegfällt: *si ante litem contestatam decesserit animal, exstincta erit actio* (*Ulp. fr. 1. § 13. D. si quadrupes pauperiem 9, 1;* dazu *fr. 21. § 2—4. D. de nox. act. 9, 4*), und bb) daß die Entschädigungspflicht immer den jeweiligen Eigenthümer trifft: *noxa caput sequitur* (*fr. 1. § 12. D. si quadr. 9, 1; fr. 20. D. de nox. act. 9, 4; fr. 18. D. de furtis 47, 2*); *si servus tuus noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio, si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse* (*Gai. 4, 77*): in beiden Fällen ist der Zeitpunkt der Litiscontestation entscheidend.

Kam der Sklave in des Beschädigten Gewalt, so schlummerte (nach der Ansicht der Proculianer) einstweilen der Entschädigungsanspruch, um mit des Sklaven Uebergang in fremde Gewalt wieder zu erwachen (*actio non intercidebat, sed quiescebat: Gai. 4, 78*); war der zu belangende Eigenthümer *absens* und ohne Stellvertreter, so gewährte der Prätor das *jus servi* (*indefensi*) *ducendi*, wodurch der Abführende Prätorisches[9] Eigenthum erlangte** (*fr. 2. § 1. D. si ex noxali causa aga-*

*) s. unten Cursus § 754. **) s. oben Cursus § 505 sub 3).

tur 2, 9; fr. 26. § 6; fr. 32. 43. D. de nox. act. 9, 4); gelangte der Sklave in Freiheit, so trifft ihn selbst nun die eigentliche Entschädigungspflicht: *si sui juris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio exstinguitur* (*Gai. 4, 77*).

Die betreffs der Sklaven aufgestellten Noxalklagen galten in gleicher Weise betreffs der Hauskinder (und nach strengem Recht wohl auch der *uxores in manu mariti*), die von ihren Gewalthabern insofern zu vertreten waren (*Gai. 4, 75*) und an den Beschädigten *in mancipii causam* tradirt werden konnten (Streitfrage der Schulen über drei- oder einmalige Mancipation: *Gai. 4, 79*). Später konnte der *filiusfamilias* auch selbst verklagt und im Verurtheilungsfalle die *actio judicati*, dann *peculiotenus* gegen den *paterfamilias* geltend gemacht werden (*fr. 34. 35. D. de nox. act. 9, 4; fr. 58. D. de R. J.*), ohne daß dieser dabei die *licentia noxae dedendae* hatte, welche überhaupt betreffs der Hauskinder in der Kaiserzeit allmählich abkam (*§ 7. J. de noxal. act. 4, 8*).

§ **733**] 2. Die Fälle beschränkter, aber unbedingter Haftung sind: a) eine pönale *actio in factum* auf das *duplum* des von der Schiffsmannschaft oder dem Gasthofspersonal einem Reisenden im Lokal dolos oder culpos zugefügten Vermögensschadens gegen den *exercitor navis, caupo* oder *stabularius* (*fr. 7. D. nautae, ut recepta restit. 4, 9*); sie concurrirt cumulativ mit der reipersecutorischen Klage *ex recepto*,* electiv aber mit der directen Klage gegen den Thäter (*actio furti, legis Aquiliae*) und geht gegen Mitunternehmer *pro rata*.

b) Die *actio de effusis et dejectis*, welche dem Beschädigten gegen jeden Bewohner des Raumes, aus welchem der beschädigende Stoff auf einen gangbaren Ort (*quo vulgo iter fit*) herabgeworfen wurde, zusteht: *habitator suam suorumque culpam praestare debet* (*Paul. fr. 6. § 2. D. de his, qui effuderint 9, 3*); *publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari, et impossibile est scire, quis dejecisset* (*Ulp. fr. 1. § 1.* und *Gai. fr. 2. eod.*). Die Klage geht wegen Sachbeschädigung auf das *duplum*, wegen Körperverletzung auf Ersatz der Heilungskosten und Verdiensteinbuße (*fr. 1. § 6; fr. 7. D. eod.;* dazu *fr. 3. D. si quadrupes 9, 1*); während im Fall der Tödtung eines freien Menschen eine pönale Popularklage auf *50 aurei* begründet war (*fr. 1. § 5. eod.*).

c) Die *actio de posito et suspenso* gegen den Eigenthümer oder Inhaber des Raumes, wo auf vorragenden Baulichkeiten an gangbaren Orten in gefährlicher Weise Etwas aufgestellt oder aufgehängt worden ist, auf *10 solidi*, damit die Beseitigung erfolge (*fr. 5. § 6—10. D. eod.*), und zwar als Popularklage. Wegen eines bereits durch Herabstürzen erlittenen Schadens hat der Beschädigte die *actio legis Aquiliae* gegen den Thäter (*fr. 5. § 12. eod.*).

§ **734**] C. Ohne daß speciell die Aehnlichkeit eines Contracts oder Delicts hervorträte, wird in manchen (meistens sehr individuell gearte-

*) s. oben Cursus § 706.

ten) Verhältnissen aus Billigkeit oder Zweckmäßigkeit dem Einen zu Gunsten eines Anderen vom Gesetz eine Leistung angesonnen: man nennt diese Fälle wohl auch Legalobligationen (*obligationes ex lege*) im engern Sinn.

Es werden dahin 1) gewisse Fälle gerechnet, da mit Eintritt in ein bestimmtes Rechtsverhältniß die Verpflichtung zur Leistung einer Caution entsteht, z. B. der *cautio usufructuaria*,* der *cautio legatorum servandorum causa*,** der *satisdatio rem pupilli salvam fore*.†

2) Gewisse Fälle, da Jemand ein wohlbegründetes Interesse (*justa ac probabilis causa: fr. 3. § 11. D. ad exhib. 10, 4*) hat, zu verlangen, daß ein Anderer eine in seinem Gewahrsam befindliche, bez. mit einer anderen Sache verbundene Sache vorzeige (nicht: ausliefere),†† z. B. eine Testamentsurkunde zur Einsicht, einen Sklaven zur Feststellung der Personidentität. Die solchenfalls gewährte Klage ist die *actio ad exhibendum: qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit, nec debet ostendere; cum multae sint causae ad exhibendum agendi* (*Ulp. fr. 3. § 1. D. ad exhibendum 10, 4*). Sie diente vorzüglich zur Vorbereitung der *rei vindicatio*, die nur auf isolirte Sachen gerichtet werden konnte: *haec actio perquam necessaria est, et vis ejus in usu quotidiano est; et maxime propter vindicationes inducta est; personalis est actio et ei competit, qui in rem acturus est, qualicunque in rem actione; item si optare velim servum, cujus optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitum possim vindicare* (*Ulp. fr. 1. 3. § 3. 6. eod.*). Im Verweigerungsfalle tritt Aestimation des Interesse ein.

3) Gewisse Fälle einer nachbarschaftlichen oder verwandtschaftlichen Beziehung:

§ 735] a) Die Ordnung der Grundstücksverhältnisse verlangt, daß jeder Nachbar sich mit dem anderen freundschaftlich in gemeinsamen Interessen verbunden ansieht, da die Herrschaft über aneinanderstoßende Grundstücke nicht als eine so isolirte Herrschaft, wie die über bewegliches Gut, gelten kann. Jede Veränderung an einem Grundstücke, welche einseitig vorgenommen wird, kann leicht einen unmittelbar nachtheiligen Einfluß auf das Nachbargrundstück äußern; es ist daher billiger Weise von den Römern theils schon in den XII Tafeln, theils im Prätorischen Edict dem Nachbar eine gewisse Rücksichtnahme und Selbstbeschränkung in Behandlung seines Grundstücks zur Pflicht gemacht, und insoweit dem Satze, daß, *qui jure suo utitur, neminem laedit*, eine Schranke gezogen. — Von den aufzuführenden vier Fällen betrifft der erste und vierte nur Nachbarverhältnisse, der zweite und dritte auch Grundstücke ohne diese Voraussetzung. Der erste Fall gehört durchaus dem Civilrecht, der dritte durchaus dem Prätorischen Recht an, der zweite und vierte Fall ist gewiß civilen Ursprungs, aber vorzugsweise durch das Edict dann fortgebildet.

aa) *Ex XII tabulis* wird die *actio aquae pluviae arcendae* ge-

*) s. oben Cursus § 539. **) s. oben Cursus § 218. †) s. oben Cursus § 728.
††) s. oben Cursus § 207 sub 2).

währt,[10] wenn der Nachbar durch eine neue Vorrichtung (*opus manu factum*) den natürlichen oder über Menschengedenken hinaus geordneten Abfluß des Regenwassers verändert, auf Hinderung oder Beseitigung der Vorrichtung (*fr. 1. pr. § 1. D. de aqua et aquae pluv. arc. 39, 3*), sei es daß dadurch das Wasser aufwärts gestaut oder abwärts gelenkt ward (*fr. 1. § 10 eod.*), aber nicht, wenn das Wasser durch Abgraben dem Nachbar entzogen ward (*fr. 1. § 12. eod.*), oder die Veränderung lediglich mit der Bodenbearbeitung zusammenhing (*agri colendi causa: fr. 1. § 3. 7. 15.; fr. 24. pr. eod.*). Die Klage wird nur gegen den Bodeneigenthümer (*fr. 4. § 2. eod.*), — *utiliter* auch gegen den Emphyteuta und Usufructuar, — nur in Betreff von Feldgrundstücken, da bei Gebäuden das *jus stillicidii* und *fluminis** in Frage kommt (*fr. 1. § 17. eod.*), und nur wegen des nach der Litiscontestation erlittenen Schadens auf Ersatz (*fr. 1. § 1.; fr. 6. § 6. eod.*) gegeben.

§ **736**] bb) Auf Grund des Prätorischen Edicts wird im Fall einer von Jemand, z. B. vom Nachbar, in Angriff genommenen baulichen Neuerung ein Anspruch auf Beseitigung dessen gegeben, was von jenem trotz erhobenen Einspruchs (*operis novi nuntiatio*) von da an weiter ausgeführt worden ist.[11] *Opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat; hoc autem Edictum non omnia opera complectitur, sed ea sola, quae solo conjuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere; idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, ad hoc Edictum non pertinere* (*Ulp. fr. 1. § 11. 12. D. de operis novi nuntiatione 39, 1*) — *remedium operis novi nuntiationis adversus ea opera inductum est, quae nondum facta sunt, ne fiant* (*fr. 1. § 1. eod.*). Ein solcher Einspruchsact, der entweder durch mündlichen Protest (*verbalis prohibitio: „In hunc locum, ne quid operis novi fiat, nuntio!"*) oder durch Zeichen (*manus oppositio, jactus lapilli: fr. 20. § 1. D. quod vi aut clam 43, 24*) Angesichts des fraglichen Werks und in Gegenwart des Betheiligten oder eines Vertreters geschieht, verpflichtet den Nuntiaten zur Sistirung, ohne Rücksicht darauf, ob er zur Ausführung an sich berechtigt sei oder nicht: diese Frage soll eben vor der Fortführung des Werks entschieden, und zu dem Behufe der *status quo* einstweilen aufrecht erhalten werden. Willkürliche Fortführung ist daher Pflichtverletzung und setzt den Widerspenstigen dem *interdictum demolitorium s. de opere restituendo* aus. *Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel projicere vult: melius esse, eum per Praetorem vel per manum, i. e. lapilli ictum, prohibere, quam operis novi nuntiatione: caeterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nunciaverimus. Aut si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum Quod vi aut clam, aut Uti possidetis, uti* (*Ulp. fr. 5. § 10. D. de O. N. N. 39, 1*).

---

*) s. oben Cursus § 536 a. A.

Abgesehen von den Verhältnissen des öffentlichen Grundes und Bodens geschieht ein derartiger Einspruch entweder zur Wahrung eines (Servitut- oder anderen) Rechts, oder zur Begründung eines Entschädigungsanspruchs (mittels *cautio damni infecti nomine**: *fr. 1. § 16. de O. N. N. 39, 1*). Nach erhobenem Einspruch oder geltend gemachtem *interd. demolitorium* ist die Frage des *jus prohibitionis* selbst zu verhandeln; es kann aber der Nuntiat auch schon vor dieser Entscheidung sich das Recht einstweiliger Fortführung des Werks durch Erbietung zur *satisdatio de opere restituendo* (*s. cautio de demoliendo*) verschaffen (*fr. 5. § 17. eod.*). Erkennt der Prätor auf Beschwerde des Nuntiaten, daß der Einspruch nicht in gehöriger Weise geschehen oder hier überhaupt nicht, oder nicht mehr statthaft sei, so constatirt er die Licenz der Fortführung des Werks, oder erklärt *remissionem nuntiationis* d. h. Aufhebung des Banns (*fr. 5. § 13. eod.; fr. un. pr. D. de remissionibus 43, 25*).

Jenes Einspruchsrecht steht dem Eigenthümer, Superficiar, Emphyteuta und Pfandbesitzer des gefährdeten Grundstücks zu, nicht bloß gegen den Urheber, sondern gegen den jeweiligen Besitzer des Werks (*fr. 21. § 1; fr. 22. D. de O. N. N. 39, 1*).

§ **737**] cc) Zu den genannten Rechtsmitteln gesellt sich das prätorische *interdictum quod vi aut clam*,[12] Jeglichem zuständig, zu dessen Nachtheil ein Anderer auf einem Grundstück eigenmächtig (d. h. gegen erhobenen Einspruch) oder mit geflissentlicher Heimlichkeit ein neues *opus in solo factum* irgend welcher Art vorgenommen hat; es geht auf Beseitigung des *opus* und Ersatz des erlittenen Schadens, ohne Rücksicht darauf, ob der Neuerer an sich in seinem Recht war. Es ergänzt die vorher genannten Rechtsmittel, welche nur Ersatz künftigen Schadens verschaffen (*fr. 14. § 3. D. de aqua 39, 3; fr. 1. § 1. D. de O. N. N. 39, 1*), und ist auch insofern günstiger als die *operis novi nuntiatio*, weil es nicht, wie diese (*fr. 1. § 6; fr. 8. § 10. eod.*), den Gegner von der Beweislast (daß er zu dem *opus* berechtigt sei) entbindet. *Hoc interdictum restitutorium est, et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur; tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci* (*Ulp. fr. 1. § 1. 2. D. quod vi aut clam 43, 24*).

In den persönlichen Voraussetzungen kommt dieses Interdict mit dem *auxilium ex O. N. N.* überein.

§ **738**] dd) Endlich hat das Römische Recht auch dafür gesorgt, daß man sich gegen einen vom Nachbargrundstück her drohenden Schaden, für welchen der Grundstücksbesitzer an sich nicht einzustehen hätte (*fr. 6. D. de damno infecto 39, 2*), sicher stellen kann, indem man von demselben stipulatorische *cautio de damno infecto*[13] verlangt (*fr. 9. § 4. 5. eod.*). An sich wäre der Nachbar zur Ausbesserung seiner baufälligen Baulichkeiten oder Beseitigung gelockerter Bäume und Felsstücke nicht, und folglich auch nicht ohne Weiteres zum Schadensersatz, wenn der wirkliche Einsturz dann einem Anderen schadet, ge-

*) s. unten Cursus § 738.

halten; aber es ist billig, daß er diesen leistet, wofern nur der Bedrohte selbst sich gerührt und mit dem Antrag auch Sicherstellung dem Besitzer der *res ruinosa* gleichsam eine Mahnung gegeben hatte. *Hoc Edictum prospicit damno nondum facto* [illegible] *futurum veremur: fr. 3. eod.), cum ceterae actiones ad damna, qu*[illegible]*gerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione; cum e*[illegible]*nalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, q*[illegible]*xae ea dedamus, multa magis ea, quae anima carent, ultra no*[illegible]*ent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum a*[illegible]*nt, ipsae exstent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint exstare* (*Ulp. fr. 7. § 1. eod.*). Diese Sorge des Prätor durch Herbeiführung der *stipulatio cautionalis* gewährte eine vollere Hülfe, als die alte *legis actio damni infecti* des Civilrechts (*Gai. 4, 31*).[14]

Geschah der schädliche Einsturz vor geforderter Cautionsleistung, so hat der benachtheiligte Nachbar nur ein Retentionsrecht an dem herübergefallenen Material bis zur Leistung des Schadensersatzes (*fr. 6. 7. § 2. D. eod.*); verweigert aber der Nachbar die geforderte Cautionsleistung, so erläßt der Prätor[15] ein und bez. ein zweites Einweisungsdecret,* wodurch zuletzt der Antragsteller das Grundstück des Widerspenstigen zu vollem Recht (*in bonis*) erhält (*fr. 15. § 16. 21. 30. 33. eod.*); und wollte sich der Nachbar weder zur Cautionsleistung, noch zur Zulassung des Antragstellers in den Besitz verstehen, so gewährte der Prätor eine *actio in factum* auf das Interesse, wie wenn Caution geleistet worden wäre (*fr. 15. § 36. eod.*).

§ **739**] b) Durch verwandtschaftliche Bande werden, vornehmlich auf Grund kaiserlicher Rescripte, gewisse Verpflichtungen begründet und zwar *ipso jure*, so daß sie in dem Augenblick entstehen, wo die gesetzlichen Bedingnisse vollständig zusammentreffen. Der Verwandtschaft werden in dem Einen Falle gewisse Vermögensbeziehungen gleich geachtet.

aa) Alimentationspflicht haben Vater und väterliche Adscendenten, sodann Mutter und mütterliche Adscendenten gegenüber den Descendenten (*fr. 5. § 1—5; fr. 8. D. de agnosc. liberis 25, 3*), in demselben Verhältniß die Descendenten gegenüber jenen (*fr. 5. eod.*), und die Freigelassenen gegenüber ihrem Patron und dessen Kindern (*fr. 1. § 18. 20. eod.*). Voraussetzung ist die besondere Hülfsbedürftigkeit des Alimentandus; das Maß bestimmt sich *pro modo facultatium* (*fr. 5. § 7. 19. eod.*), und die Art und Weise nach den herkömmlichen Bedürfnissen einer Person (*fr. 43—45. 234. § 2. D. de V. S.*).

bb) Dotationspflicht haben Vater und väterliche Adscendenten, *ex magna et probabili causa* auch die Mutter (*fr. 19. D. de ritu nupt. 23, 2; l. 7. C. de dotis promiss. 5, 11; l. 14. C. de jure dotium 5, 12*). *Modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est, quousque ratio patitur* (*Cels. fr. 60. D. de jure dot. 23, 3; fr. 69. § 4. 5. eod.*).

---

*) Vergl. oben Cursus § 218. sub 2. a.

cc) Funerationspflicht haben zuerst der Erbe (*fr. 14. § 1. D. de religiosis et sumtibus funerum 11, 7*) — *si de hac re defunctus non cavit, nec illi delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit; si nemo scriptus est, legitimos vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt* (*Ulp. fr. 12. § 4. eod.*), sowie der zur Rückforderung einer *dos* Berechtigte (*fr. 16—20. D. eod.*) — *aequissimum enim visum est Veteribus, mulieres, quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari* (*Ulp. fr. 16. cit.*): indem dort die Erbmasse, hier die Mitgift von selbst durch die Bestattungskosten vermindert wird. Subsidiär ist pflichtig, wer die väterliche Gewalt über den Verstorbenen hatte (*fr. 21. eod.*), bez. der Ehemann der Verstorbenen (*fr. 28. eod.*). Die Höhe des Aufwands bestimmt sich nach dem Stande des Verstorbenen und den Mitteln des Pflichtigen (*fr. 14. § 6. eod.*).

Literatur: 1) Ein Ausdruck Windscheid's (Lehrb. d. Pandektenrechts II. 2. § 421.). — 2) Erxleben die *condictiones sine causa* (2 Abthlgn., Leipz. u. Gött. 1850. 1853). H. Witte die Bereicherungsklagen d. gem. R. (Halle 1859). M. Voigt die *condictiones ob causam* (Leipz. 1862). — 3) Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. X. (1842) S. 343—437. Ders. Schriften d. Röm. Feldmesser II. (1852) S. 422—445; und hiernach Müller Instit. § 134. S. 430—4. u. Rein Röm. Privatrecht (Leipz. 1858) S. 761—4. Zum Theil abweichend davon Karlowa Beiträge z. Gesch. d. Röm. Civilproc. (1865) S. 141—162. — 4) Chambon die *negotiorum gestio* (Leipz. 1848). Ruhstrat Ueb. *negotiorum gestio* (Oldenb. 1858). H. Witte *l. c.* S. 6—40. — 5) Dietzel *Comment. de actione funeraria* (Lips. 1853). — 6) Dirksen Versuche z. Kritik u. Auslegung der Quellen d. R. R. (Leipz. 1823) S. 95—103 (über *praedia suburbana*). — 7) Heineccius *Antiquit. jur Rom. syntagma* p. 707 sq. Zimmern d. System d. Röm. Noxalklagen (Heidelb. 1818) S. 103 bis 117. — 8) Ders. S. 1 ff. — 9) Müller Instit. § 137. Anm. 12. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. § 48. 95. — 10) Ders. Schriften d. Röm. Feldm. II. S. 462. Hesse Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn (Eisenberg 1859) I. S. 184—271. Bekker i. s. Jahrb. d. gem. R. V. S. 176 ff. — 11) Hesse *l. c.* II. S. 79—102. Ders. das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmen u. andere Veränderungen an Grundstücken oder das *interdictum quod vi aut clam* und die *operis novi nuntiatio* (Leipz. 1866) S. 92—166. A. Schmidt i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. VIII. No. 7. u. in Bekker's Jahrb. d. gem. R. IV. S. 210—226. Rudorff ebendas. S. 122—153. Stölzel d. Lehre v. d. *operis novi nuntiatio* u. dem *interd. quod vi aut clam* (Gött. 1865) S. 15 ff. Karlowa *l. c.* S. 59—89. — 12) Hesse Ueb. d. Rechtsverh. etc. I. S. 265—8; II. S. 62—79. Ders. d. Einspruchsrecht etc. S. 1—91. Stölzel *l. c.* S. 341—522. 556—594. Karlowa *l. c.* S. 89—100. Limacher Ueb. d. *interdictum quod vi aut clam* (Zürich 1865). — 13) Bachofen Röm. Pfandr. S. 110 ff. 368 ff. Huschke Gaius, Beiträge zur Kritik S. 203—242. Hesse die *cautio damni infecti* nach Röm. Principien u. in ihrer heutigen Anwendung (2. Aufl. Leipz. 1841). Ders. Ueb. d. Rechtsverhältn. etc. S. 168 ff. — 14) v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproceß II. S. 731. — 15) Ueber die Municipalmagistratscompetenz dabei s. Huschke a. a. O. u. Müller Instit. § 138. Anm. 18.

Dritter Abschnitt.

Die Vermögensgewalt.

Erster Titel.

Die Potestas.

XLII. Kapitel.

I. Rechtliche Natur und Arten derselben.

§ 740] Es ist nationale Rechtsanschauung der Römer, daß in der Familie, d. h. in der Hausgenossenschaft, nur Einer — das Familienhaupt, der Hausherr — als berechtigt gilt, alle Uebrigen, die von diesem abhängig sind, im einseitigen Sinn als seine Angehörigen gelten und daher eigentlich nur als Rechtsobjecte in Betracht kommen. Von einer genossenschaftlichen Stellung dieser Angehörigen mit gegenseitigen Rechten und Pflichten ist keine Rede, und ursprünglich stand nach strengem Recht der Hausherr nicht anders zu Kindern und Sklaven, als zu seinen Hausthieren.* Die äußersten Consequenzen dieses starren Rechts mußten allmähliche Milderung erfahren, aber der Grundgedanke blieb. Die Milderung knüpfte an zwei Punkten an: 1) Mit der herrschaftlichen Stellung verband sich die Idee der obrigkeitlichen Autorität (*imperium domesticum*), und da eine solche immer als durch eine höhere Ordnung bedingt und bestimmt gelten muß, so fügte sich auch die Hausgewalt des Familienhauptes von selbst in gewisse durch Tradition und Sitte geheiligte Schranken, durch welche der Unterschied der Kinder und Sklaven von vernunftlosen Rechtsobjecten markirt ward. Auch diese obrigkeitliche Hausgewalt ward im Laufe der Zeit eingeschränkt, als die staatliche Strafjustiz, sich mehr und mehr entwickelnd, theils den Magistratseinfluß an die Stelle der alten Einrichtung des Familienraths (*amici*) setzte, theils die schwerern Straffälle ganz dem Hausregiment entrückte.

2) Da es im eigenen Interesse des Hausherrn lag, daß seine Angehörigen nicht bloß für unmittelbare Arbeits- und Dienstleistungen zu Gebote ständen, sondern auch in den Güterverkehr selbsthätig eintretend Erwerbsacte vornähmen, so gestaltete sich frühzeitig auf gewohnheitsrechtlichem Wege die Idee, daß der Wille der Hauskinder (namentlich der Haussöhne) in Verkehrsaction treten und vermögensrechtliche Handlungen mit Wirksamkeit vornehmen könne; zwar pflanzte sich immer deren Wirksamkeit unmittelbar und von selbst auf die Ver-

---

*) s. oben Cursus § 57. 89.

mögenssphäre des Vaters, der auf diese Weise durch sein Kind erwarb, fort; allein indem die begründete Wirkung doch immer durch die Person des handelnden Kindes hindurchging und eigentlich in dieser Person begründet war, keimte die Idee, daß die handelnde Person nicht eine juristische Null, nicht bloßes Rechtsobject, sondern in gewissem Sinn auch Rechtssubject, Träger einer Persönlichkeit, Subject einer eigenen, wenn auch abhängigen und unselbständigen, Vermögenssphäre sei.

Je näher ehemals die *familia servorum* der eignen *proles domestica* in der patriarchalen Behandlung gestanden hatte, um so mehr mußten nun neben den Haussöhnen auch die (männlichen) Sklaven als Erwerbsinstrumente in Betracht und zur Geltung, ja zu Ansehn kommen, und diese Erhebung unter die Verkehrsinstrumente veredelnd auf die Auffassung des Sklavenstandes überhaupt hinwirken (*Gai. 1, 53*). Es formulirte sich diese Entwicklung darin, daß neben dem *dominium* des Sklaven eine *potestas* über ihn anerkannt ward, welche in allen wesentlichen Stücken der *patria potestas* gleichartig, die latente Idee, daß selbst der Sklave nicht eine juristische Null, nicht vernichtete, sondern nur unterdrückte Person sei, zur Grundlage hatte.

So ist *potestas* im privatrechtlichen Sinn das Recht des Hausherrn über abhängige Personen, deren Vermögenssphäre, insoweit von einer solchen geredet werden kann, völlig in des Hausherrn Dienst und Gebot gestellt bleibt: eine Idee, welche in der Peculiarsphäre zur vollen Blüte gebracht ist.

§ 741] I. **Patria potestas.** 1. Umfang derselben. Die väterliche Gewalt ist insofern eine unbeschränkte, als sie nicht bloß die eigenen Kinder des Gewalthabers umfaßt, sondern auch die Kindeskinder u. s. w.; *patria potestas* ist demgemäß die Haus- und Vermögensgewalt eines Römischen Bürgers über seine (gesammte) agnatische* Descendenz; alle, welche die *familia* im Römischen Sinn bilden, sind der Potestas des Einen unterworfen, welcher selbständiges Glied (*persona sui juris*), Haupt der Familie (*paterfamilias*) ist. Wenn der Sohn des Gewalthabers legitime Kinder hat, so stehen auch diese, die Enkel, in ihres väterlichen Großvaters Gewalt, und die Gewalt des zwischenstehenden Vaters schlummert, so lange der Großvater die Gewalt behält. Aber nur durch die Haussöhne, nicht durch die Haustöchter erstreckt sich die Gewalt auf die entferntere (mittelbare) Descendenz: *qui igitur ex te et ex uxore tua nascitur, in tua potestate est; item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est nepos tuus et neptis, aeque in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri; qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris ejus* (*§ 3. J. de patria pot. 1, 9*).

Die *patria potestas* ist ein *jus proprium civium Romanorum* (*Gai. 1, 55*), und dem ist es gemäß, daß nur Männer, nicht Frauen potestas-

---

*) s. oben Cursus § 393.

fähig sind: *feminae nec naturales liberos in potestate sua habent* (*§ 10. J. de adopt. 1, 11*).

§ 742] 2. Der Inhalt der väterlichen Gewalt begreift ein persönliches und ein ökonomisches Element. a) Die persönliche Hausgewalt hält das Hauskind in einer respectvollen Unterordnung und einer unmittelbaren Abhängigkeit von des Gewalthabers Willen, welcher das ganze äußere Daseyn und Gebahren des Hauskindes zu ergreifen vermag, dessen Erziehung und Wohnsitz bestimmt, und als disciplinare Autorität in mannichfacher Gestalt sich geltend machen kann.*

Die Spitze dieses Gewaltelementes ist das *jus vitae ac necis*, welches nach altrömischer Anschauung dem *paterfamilias*, als der Obrigkeit im Hause, zustand, in der geschichtlichen Zeit freilich höchstens nur noch unter außerordentlichen Umständen ausgeübt wurde, jedenfalls immer wohl der Zustimmung des Familienraths (*amici*) bedurfte (*Cic. pro domo 29; Seneca de clem. 1, 15; Gell. 5, 19*) und später nur in der beschränkt anerkannten Befugniß, völlig mißgestaltete Kinder alsbald nach der Geburt zu tödten oder auszusetzen, sich erhielt (*Cic. de leg. 3, 8; Dion. 2, 15; Liv. 27, 37*). Zwar knüpft noch Paulus des Gewalthabers Enterbungsbefugniß an die Tödtungsbefugniß an, aber indem er diese als ehemalige bezeichnet (*quod et occidere licebat: fr. 11. D. de liberis instit. 28, 2*); Ulpian sagt: *Inauditum filium pater occidere non potest; sed accusare eum apud Praefectum Praesidemve provinciae debet* (*fr. 2. D. ad leg. Corn. de sicar. 48, 8*), und Marcian berichtet: *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse: quod latronis magis, quam patris jure eum interfecit, nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere* (*fr. 5. D. de lege Pomp. de parricid. 48, 9*). Paulus erklärt Aussetzung für einen der Tödtung gleichstehenden Act (*fr. 4. D. de agnosc. lib. 25, 3*). So war nun die körperliche Hausgewalt auf ein *jus leviter castigandi* eingeschränkt, welches in kaiserlichen Constitutionen anerkannt wurde, indem nur die schwerern Fälle den Magistraten vorbehalten blieben (*l. 3. C. de patr. pot. 8, 46; l. un. C. de emendat. propinquor. 9, 15*).

§ 743] b) Die väterliche Gewalt ist zugleich eine Vermögensgewalt, d. h. sie ergreift und beherrscht die Vermögenssphäre des Hauskindes dergestalt, daß dieselbe im Recht des Gewalthabers faktisch aufgehend rechtlich als durchaus gebunden und unselbständig erscheint. Dies macht sich zunächst in activer Hinsicht geltend, indem aller dem Hauskind zukommende Vermögenserwerb *ipso jure* an den Vater fällt, und somit das Hauskind als dessen Erwerbsinstrument gilt. *Quod liberi nostri, quos in potestate habemus, mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa acquirunt, id nobis acquiritur; ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest, et ideo si heres institutus sit, nisi nostro jussu hereditatem adire non potest, et si jubentibus nobis adierit, hereditatem nobis acqui-*

*) Ueber der Mutter Theilnahme an den Pietätsrechten s. den Excurs zu diesem Kapitel.

rit, proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus (*Gai. 2, 87*) — *Placet, quotiens acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei, cujus quis in potestate est, confestim acquiri ei, cujus est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur, et sic acquiri ei, cui acquiritur* (*Ulp. fr. 79. D. de acq. hered. 29, 2*). Insofern wirkt eine Stipulation des Hauskindes wie eine vom Vater selbst vorgenommene (*fr. 45. pr. D. de V. O. 45, 1*), und Justinian sagt daher bildlich: *filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt* (*§ 4. J. de inutil. stip. 3, 19;* dazu *l. 11. C. de impub. subst. 6, 26*); allein die Handlung selbst wird immer aus der Person des handelnden Hauskindes beurtheilt, z. B. rücksichtlich des Einflusses eines unterlaufenden Irrthums (*fr. 12. D. de contr. emt. 18, 1; fr. 16. § 3. 4. D. de liber. causa 40, 12*). Auch Besitz wird dem Gewalthaber erworben durch Besitznahme seiten des Hauskindes, wofern jener darum weiß (*Gai. 2, 89; fr. 1. § 5. D. de acq. poss. 41, 2*).

Aus dieser Unfähigkeit zu eignem Erwerb folgte zugleich, daß Erwerbsgeschäfte weder zwischen Gewalthaber und Hauskind, noch zwischen Hauskindern desselben Gewalthabers wirksam stattfinden konnten (*Gai. 4, 78*).

§ **744**] Nicht so schlechthin geht in passiver Hinsicht die Vermögenssphäre des Hauskindes in derjenigen des Gewalthabers auf, vielmehr werden Hauskinder durch Delict oder Contract selbst verpflichtet (Schuldner), und können selbst verklagt werden, freilich ohne daß dies für den Gläubiger einen reellen Erfolg herbeiführt, sofern das Hauskind nichts im Vermögen hat, was Executionsobject und Befriedigungsmittel werden könnte, denn Alles gehört ja dem Gewalthaber. Allein theils nach Civilrecht (Delictfälle), theils nach Prätorischem Recht (Contractfälle) ist dem Gewalthaber eine gewisse Vertretungs- oder Defensionspflicht auferlegt, und somit ein Ausgleich mit der vortheilhaften Erwerbsmöglichkeit getroffen.

aa) System der *actiones noxales*:* auf Grund der XII Tafeln erstreckte sich die *obligatio ex delicto,* welche zunächst den Thäter selbst belastete, zugleich auf dessen Gewalthaber, so daß dieser, wofern er nicht von seiner Befugniß der *noxae deditio* Gebrauch machen wollte, dem Verletzten vollen Schadensersatz leisten mußte (*Gai. 4, 75*).

§ **745**] bb) System der s. g. *actiones adjecticiae** qualitatis;*[1] in demselben sind zwei Gruppen zu unterscheiden, als deren Prototypen die *actiones quod jussu* und *de peculio* zu gelten haben. Die erstere Gruppe beruht auf dem Gedanken, daß der einfache Wille und Befehl des Gewalthabers die Quelle des contrahirten Geschäfts bildet, und er mithin auch der daraus erwachsenden Schuld sich unterziehen muß; die andere Gruppe beruht auf der Voraussetzung eines Peculium,† und insofern sind die hierunter gehörigen Fälle qualificirter Art.

---

*) Von diesen ist bereits oben (Cursus § 731) die Rede gewesen, insofern sie ein Seitenstück der *actio de pauperie* bilden. **) *Adjecticia qualitas: quasi accessio* (*fr.* 91. § 5. *D. de V. O.* 45, 1) — *hoc enim Edicto non transfertur actio, sed adjicitur* (*Paul. fr.* 5. § 1. *D. de exerc. act.* 14, 1). †) s. unten Cursus § 756.

In der *actio quod jussu,* die eben darum wohl auch als die älteste anzusehen ist,[2] tritt das Princip der erstern Gruppe am einfachsten hervor; *jussus* ist ein irgendwie ertheilter Befehl oder gegebener Anstoß zum Contrahiren, welcher speciell auf das fragliche Geschäft gerichtet war: *inprimis, si jussu patris negotium gestum erit, in solidum Praetor actionem in patrem comparavit, et recte, quia, qui ita negotium gerit, magis patris, quam filii fidem sequitur* (*Gai. 4, 70*) — [*et*] *quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet* (*Ulp. fr. 1. pr. D. quod jussu 15, 4*).

Wenn ein Gewalthaber seinem Haussohn den Betrieb eines Schiffsrhedergewerbes oder eines anderen Handelsgewerbes aufträgt, so ist dieser Auftrag und die Vollmacht (*lex praepositionis*) gewissermaßen ein generalisirter *jussus*, und demgemäß erwirbt aus Geschäften, welche der Haussohn als *magister navis* (Capitän, Schiffer), bez. als *institor* (Geschäftsführer, Factor) im Umkreis seiner Vollmacht eingeht, der dritte Contrahent auch gegen den Gewalthaber selbst (als *exercitor navis,* bez. *dominus tabernae s. negotiationis*) ein Klagrecht: die *actio exercitoria* und *institoria* (*Gai. 4, 71 = § 2. J. quod cum eo, qui in aliena pot. 4, 7; fr. 1. D. de exerc. act. 14, 1; fr. 1. D. de instit. act. 14, 1*). *Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet, nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi* (*Ulp. fr. 3. eod.;* dazu *fr. 5. pr.; fr. 18. eod.*). Beide Verhältnisse* werden in der Hauptsache ganz gleich behandelt, doch hat ein *dominus tabernae* nicht, wie ein *exercitor navis,* Substituten des *praepositus* unbedingt zu vertreten (*fr. 1. § 5. D. de exerc. act. 14, 1*).

Gewissermaßen den Uebergang von diesem Befehlsprincip zum Peculienprincip bildet die *actio de in rem verso,* denn sie scheint mit der *actio de peculio* die Voraussetzung der Bereicherung[3] gemein zu haben, nähert sich aber der *actio quod jussu* insofern, als sie auf dem Grundgedanken der *negotiorum gestio* beruhend eine Analogie des Mandats enthält. Die *actio de in rem verso* wird nämlich dem Dritten in den Fällen erworben, wo der Haussohn *negotia* seines Gewalthabers als *utiliter coepta* gerirt hat (*fr. 3. § 7. 8; fr. 5. § 3; fr. 7. § 4. 5; fr. 17. pr. D. de in rem verso 15, 3*), und dem Dritten die *actio negotiorum gestorum contraria* cediren müßte, wenn er nicht als Hausunterthäniger verhindert wäre, sie selbst erst zu erwerben.[4]

§ **746**] Von den beiden Seiten der väterlichen Gewalt, welche als persönliche Hausgewalt und Vermögensgewalt bezeichnet wurden, trägt jene mehr das Gepräge sinnlichen, diese aber dasjenige übersinnlichen Wesens, denn jene Gewalt setzt äußere und häusliche Unterthänigkeit voraus, während diese sich auf die Rechtswirkungen des Handelns des Unterthänigen bezieht.** In Folgendem treffen beide Seiten als zusammenwirkende Factoren zusammen.

Der Gewalthaber hat die *potestas* als ein Privatrecht, über das ihm

---

*) Ueber die *societas exercitorum* s. oben § 697; über die strenge Haftung der *exercitores* wegen Delicte s. oben § 706; über die Ausdehnung der *actio exerc.* und *inst.* auf freie Stellvertreter s. oben § 610. **) Vergl. oben Cursus § 358.

freie Verfügung zusteht. In ältester Zeit mochte sich das namentlich in der Verkaufsbefugniß (*jus vendendi*) zeigen, und wir ersehen aus *Paul. Sent. rec. V, 1,* daß Fälle vorgekommen sind, da wegen drängender Noth, um einen Kaufpreis zu lucriren, oder um dem Kinde einen anderen Ernährer zu verschaffen, dasselbe in den Dienst eines anderen Bürgers verkauft wurde: das Kind trat damit aus der *patria potestas* heraus und gelangte in das s. g. *mancipium** des Erwerbers, die potestasähnliche Gewalt eines *extraneus.* Das *jus noxae dedendi,* wodurch der Gewalthaber seine Defensionspflicht ablehnen konnte,** und die Mancipation zum Zweck der *datio in adoptionem**** und *conventio in manum mariti*† waren eigentlich nur besondere Anwendung obiger Befugniß.

Aber der Gewalthaber kann auch noch in einer der sachenrechtlichen Dereliction analogen Weise über seine *potestas* verfügen, indem er das Kind aus derselben entläßt und so die *potestas* aufgibt: das ist die Emancipation, welche ein freier Act der väterlichen Gewalt ist, der zum Besten des Sohnes, um ihn selbständig und erwerbfähig zu machen, oder als Verstoßung, um das Agnatenband mit dem Kinde zu zerreißen, gemeint seyn konnte. Die Befugniß endlich, dem Kinde einen Vormund letztwillig zu ernennen, und die, es zu enterben, sind gleichfalls Ableitungen aus dem Urquell der *patria potestas,* welche sich als über des Gewalthabers Lebensgrenzen hinauswirkend zeigt: *licet eos exheredare, quod et ocidere licebat* (*Paul. fr. 11. i. f. D. de liberis inst. 28, 2*). —

§ **747**] So inhalt- und einflußreich hiernach die väterliche Gewalt war, so stand sie doch der staatsbürgerlichen Geltung und Wirksamkeit der Haussöhne nicht im Wege, denn das *jus publicum* bildete gleichsam eine andere Fläche: der *filiusfamilias* war als *civis* selbständig und führte seine bürgerliche Rolle im eignen Namen durch. *Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat, vel tutor detur* (*Pomp. fr. 9. D. de his, qui sui jur. 1, 6*).†† Das öffentliche Recht bildete also die Schranke der väterlichen Obmacht, aber innerhalb dieser Schranke erwies dieselbe sich als ein eminentes Recht, und sein Schutz war nicht bloß der Schutz der öffentlichen Meinung und des Organs derselben, des Censors, sondern dem *paterfamilias* war auch der Rechtsweg eröffnet, indem ihm eine *vindicatio adjecta causa,*††† d. h. eine gegenüber fremder Usurpation sich durchsetzende Beanspruchung der Person nicht kraft Eigenthums, sondern kraft der Hausgewalt (*fr. 1. § 2. D. de rei vind. 6, 4*), und außerdem die *interdicta de liberis exhibendis* und *de liberis ducendis** gegeben wurden: ersteres Interdict, ein präparatorisches, sollte die Personidentität constatiren, letzteres dem Gewalthaber, dem ein Kind vorenthalten wurde, dieses wiederverschaffen, und ihm so den

---

*) s. unten Cursus Kap. 49. **) s. oben Cursus § 732 u. 744.. ***) s. unten Cursus § 754.
†)) s. unten Cursus § 771. ††) s. oben Cursus § 355. †††) s. Excurse S. 145.

*) *Ducere* bedeutet hier nicht bloß so viel, wie *educare*, sondern dasselbe, was im *jus ducendi servi indefensi* bei Noxalklagen ausgedrückt wird (*fr. 32. D. de noxal. act 9, 4*): daß Kläger sich der Person überhaupt versichern kann.

persönlichen Einfluß sichern (*fr. 3. § 1. D. de lib. exhib. item ducendis 43, 30*): und unter Umständen konnte mit dem letzteren der Gewalthaber selbst seine verheirathete Tochter dem Ehemann, der nicht *manus* hatte, abnöthigen (*fr. 1. § 5. eod.*).

§ 748] II. **Dominica potestas.** Die herrschaftliche Gewalt bildet ein Seitenstück der väterlichen: der feinere Reflex der alten patriarchalen Gleichstellung und Gleichbehandlung der Hauskinder mit dem Hausgesinde. Wie die väterliche Gewalt eine Vermögensgewalt enthält, so auch die herrschaftliche Gewalt, und wie dort die Vermögensgewalt anknüpft an die persönliche Hausgewalt, so hier an die sachenrechtliche Herrschaft über den Sklaven, das *dominium*. Nicht immer, aber regelmäßig ist die *potestas* hier eine Begleiterin des *dominium*. Auch im Hintergrunde dieser *dominica potestas* ruht der Gedanke, daß in gewissem Sinn (*jure naturali*) der Sklave Persönlichkeit habe und Träger eines vermögensrechtlichen Willens sei: demgemäß kann er selbstthätig eingreifen in den Güterverkehr, und nicht bloß als mechanisches Werkzeug gleich einem Briefe (*nuntius*) dem Contrahirungszwecke dienen, sondern mittels eigner Ueberlegung, Entschließung und Action Contracte zu Stande bringen, Traditionen und Stipulationen vornehmen. Die *dominica potestas* bewirkt dann, daß hierdurch der Herr selbst und unmittelbar Eigenthum und Forderung erwirbt (*Gai. 1, 52*), und auch Besitz, den der Sklave ergreift, wird dem Herrn erworben, sofern dieser darum weiß und seinen Sklaven selbst im Besitz hat (*Gai. 2, 89; fr. 1. § 14. 22; fr. 24. D. de acq. poss. 41, 2*). Ja, das Römische Recht ist noch weiter gegangen, und hat auch darin den Sklaven dem Hauskind gleich behandelt, daß es annahm, der Sklave werde durch seine Delicte und Contracte (allerdings bloß *naturaliter*) obligirt, und die Verpflichtung erstrecke sich nach dem Princip der *actiones noxales* und *adjecticiae qualitatis* auf den *dominus*.

Einmal anerkannt nach dem Muster der repräsentativen Contrahirungsfähigkeit der *filiifamilias*, bildete sich die Repräsentationsfähigkeit der Sklaven zu einem sehr bedeutenden Mittel der Verkehrsbelebung aus; die reichen Römer, denen Sklaven zu Gebote standen, werden sich nun selten mehr ihrer Söhne dazu bedient haben, und so ist anzunehmen, daß die *actio quod jussu* weit mehr in Ansehung von Sklaven, als von Hauskindern vorkam, und daß die *actiones institoria* und *exercitoria* fast ausschließlich mit Bezug auf die Massen geschäftsgewandter Sklaven, mit deren Klugheit man speculirte, vom Prätor ausgebildet wurden; die *magistri navis* und *institores tabernae* im damaligen Römischen Reiche haben wir uns vornehmlich als Sklaven zu denken; für das Vermögen eines *pupillus infans* und für eine *hereditas jacens* waren Sklaven geradezu unersetzliche Negociirungsinstrumente in den Fällen, wo der Tutor nicht statt des Pupillen handeln konnte,* bez. wo die Aufschiebung des fraglichen Rechtsactes bis zum Antritt des Erben nicht zulässig oder zweckmäßig war.[5]

*) s. oben Cursus § 420.

Kraft seines *dominium* kann der Herr seinen Sklaven derelinquiren oder veräußern, kraft seiner *potestas* kann er den Sklaven feierlich freilassen und dadurch die Erhebung desselben zur vollen Person (*jure civili et honorario*) bewirken: diese Manumissionsbefugniß gehört zu den erhabensten Attributen eines Römischen Bürgers.

§ 749] Eigenthümlichkeiten der *dominica potestas* sind: 1) daß sie als Anhang des *dominium* auch Frauen zustehen kann; 2) daß sie gleich dem *dominium* auch ideell unter Mehrere als *compotestas* oder *communio potestatis* (!) vertheilt seyn kann: solchenfalls entscheidet der ausdrückliche Wille des erwerbenden *servus communis*, welchem seiner Herren er *in solidum*, oder ob er Allen *pro dominica parte* erwerben will (*fr. 1. § 7. D. de acq. poss. 41, 2*); im Zweifelsfalle gilt Letzteres (*Gai. 3, 167. 168*); 3) daß, wenn das *in bonis habere* vom *dominium* getrennt ist, nicht der quiritarische, sondern bonitarische Eigenthümer* die *potestas* und folglich das Recht hat, den Sklaven freizulassen (*Gai. 1, 54*) oder durch ihn zu erwerben (*Gai. 2, 88* und *3, 166*).

Ein beschränktes Erwerbsrecht ist, obgleich da von einer eigentlichen Potestas keine Rede seyn kann, dem *usufructuarius* und *bonae fidei possessor* eines *servus alienus* zugestanden (*3, 166*), indem ihm zufallen soll, was der Sklave entweder mit dessen Mitteln (*ex re nostra*) oder durch seine persönlichen Dienste (*ex operis suis*) erwirbt (*Gai. 2, 91. 92; 3, 164. 165; fr. 25. § 7. D. de usufr. 7, 1*); es ist dabei nur der Unterschied, daß der *bonae fidei possessor* auf diese Weise auch *possessio* erwerben und usucapiren kann, der *usufructuarius* aber nicht, weil dieser den Sklaven selbst nur detinirt, nicht besitzt (*Gai. 2, 94*).

Auch ein freier Mensch kann in der Hand eines *bonae fidei possessor* seyn: dann erwirbt dieser durch jenen, wie der redliche Besitzer eines fremden Sklaven (*Gai. 2, 91. 92; 3, 164; fr. 118. pr. D. de V. O. 45, 1*).

Der Usufructuar hat übrigens auch, analog dem *dominus proprietatis*, ein Züchtigungsrecht; *quoniam diximus, quod ex operis acquiritur, ad fructuarium pertinere: sciendum est, etiam cogendum eum, operari; etenim modicam quoque castigationem fructuario competere, Sabinus respondit, et Cassius scripsit, ut neque torqueat, neque flagellis caedat* (*Ulp. fr. 23. § 1. D. de usufr. 7, 1*).

Wenn ein *fructuarius servus* Etwas kauft und sich tradiren läßt, so schwebt die Frage, wer Eigenthümer seyn werde, bis zur Preiszahlung: *numeratio pretii declarabit, cujus sit, nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuit — atque etiam amisso usufructu adhuc interest, unde sit pretium numeratum* (*Jul.* in *fr. 25. § 1. eod.*). Im Fall einer *certi stipulatio in annos singulos* gilt: *eorum quidem annorum stipulatio, quibus ususfructus mansit, acquiretur fructuario, sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit, semel acquisita fructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire* (*Ulp. fr. 25. § 2. D. eod.*).**

*) s. oben Cursus § 493. **) s. oben Cursus § 602.

Literatur: 1) **Dietzel** üb. d. processual. Consumtion bei den *actiones adjecticiae qualitatis* in Bekker's Jahrb. d gem. R. II. S. 414—442. — 2) so: **Chambon** Beiträge z. Obligationenrecht I. (Jena 1851) S. 190—195; zum Theil anders: **Thibaut** im Archiv f. civ. Prax. XII. S. 174 ff. — 3) so: **Chambon** S. 180. — 4) so: H. **Witte** die Bereicherungsklagen d. gem. Rechts (Halle 1859) S. 258—268; dazu **Brinkmann** Verhältniß der *actio communi dividundo* und der *actio negotiorum gestorum* zu einander (Kiel 1855) S. 148 ff. — 5) Ueber den von Julian (*fr. 43. D. de acq. hered. 29, 2*), Ulpian (*fr. 18. D. de acq. dom. 41, 1*) u. Paulus (*fr. 1. § 16. D. de acq. poss. 41, 2*) mitgetheilten Satz der Veteres: *non posse nos per servum hereditarium acquirere, quod sit ejusdem hereditatis*, vergl. **Adolph Schmidt** die Persönlichkeit des Sklaven nach Röm. R. I. Abthlg. (Programm: Freiburg 1868) S. 35—40.

XLIII. Kapitel.

II. Entstehung und Endigung.*

§ 750] A. **Entstehung der väterlichen Gewalt.** Abgesehen von den besonderen Fällen der *causae probatio*,** zu deren Rechtswirkungen es gehört, daß das oder die Kinder der betreffenden Ehe in die väterliche Gewalt ihres Vaters kommen — kennt das classische Recht zwei Entstehungsgründe, einen natürlichen und einen künstlichen.

1. Auf natürlichem Wege entsteht die väterliche Gewalt durch **Zeugung in römischer Ehe** (*justis nuptiis*). Außerehelicher Geschlechtsumgang ist ohne Rechtswirkung, daher Sprößlinge aus demselben *matrem quidem habere videntur, patrem vero non* (*Gai. 1, 64*), und eine bloß auf *jus gentium* beruhende Verbindung† ist nicht Römische Ehe, daher die Kinder aus solchem Verhältniß als *homines sui juris* geboren werden. Im Uebrigen genügt aber der Naturact der Zeugung, ohne Rücksicht darauf, ob Vater und Mutter im vollen Vernunftbesitz oder in Wahnsinn sind: *patre furioso nihilominus in patris sui potestate sunt, nam furiosus, licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest; et si ambo in furore agant, et uxor et maritus, et tunc concipiat: partus in potestate patris nascetur, quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus, nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque* (*Ulp. fr. 8. D. de his qui sui juris 1, 6*).

Da regelmäßig nur der Geburtsact constatirt werden kann, aus diesem aber unmittelbar nur die Mutter (*mater semper est certa: Paul. fr. 5. D. de in jure voc. 2, 4*), nicht der Vater erwiesen wird, und dennoch die Abstammungsfrage über den gewöhnlichen Anfechtungen erhaben bleiben muß: so kommt das Recht rücksichtlich des Vaters mit einer Rechtsvermuthung zu Hülfe, welche zur Vermeidung unsäglicher Verwirrungen im Rechtsleben dient und dem sittlichen Band der Ehe das Gepräge bürgerlicher Ehre wahrt: ***Pater est, quem (justae) nuptiae demonstrant*** (*Paul. fr. 5. cit.*), ein Satz, der im einzelnen Fall nur durch den Beweis der Unmöglichkeit der *conceptio ex marito* umge-

*) Da über die Entstehung und Endigung der *dominica potestas* bereits oben in der Lehre vom Sklavenstande (Cursus § 374—376) gehandelt ist, so kann die Darstellung hier sich auf die *patria potestas* beschränken. **) s. oben Cursus § 378. †) s. unten Cursus § 767.

stoßen wird (*fr. 6. D. de his, qui sui juris 1, 6*). Es wird aber die aufgestellte Rechtsvermuthung noch durch den Satz ergänzt, daß eheliche Abstammung präsumirt werde, wenn das Kind nicht früher als am 182. Tage nach Eingehung, und nicht später als am 300. Tage nach Auflösung der Ehe (also im 7. bis 10. Monat) geboren ist (*fr. 12. D. de statu hom. 1, 5; fr. 3. § 11. 12. D. de suis 38, 16*).

§ 751] 2. Auf künstlichem Wege entsteht die väterliche Gewalt durch *adoptio* (Anzeugung, Annahme an Kindesstatt) d. h. Aufnahme in Haus und Familie eines Anderen, so daß das Adoptivkind einem leiblichen Kinde gleichsteht: *adoptio imitatur naturam* (*§ 4. J. de adopt. 1, 11;* dazu *fr. 1. pr. D. de adopt. 1, 7*).

Demgemäß a) kann ein Castratus nicht adoptiren (*§ 11. J. eod.;* aber wohl ein *spado: fr. 2. § 1; fr. 40. § 2. D. eod.*); b) kann der Jüngere nicht einen Aelteren adoptiren (*Ulp. fr. 15. § 3. D. eod.*), was zwar vordem bestritten (*Gai. 1, 106*), aber später sogar dahin festgestellt wurde, daß der Adoptirende wenigstens um 18 Jahre älter seyn müsse (*Mod. fr. 40. § 1. D. eod.*): *pro monstro enim est, ut major sit filius, quam pater* (*§ 4. J. eod.*); c) ist eine Adoption auf Zeit unstatthaft: *nec moribus nostris convenit, filium temporalem habere* (*Labeo fr. 34. D. eod.*); d) kann der Adoptionsact nicht durch Stellvertreter vollzogen werden (*fr. 25. § 1. D. eod.*).

Ein naturwidriges Spiel würde seyn und ist daher unstatthaft nochmalige Adoption eines inmittels Emancipirten (*fr. 37. § 1. D. eod.*), wogegen Adoption eines leiblichen emancipirten Kindes allerdings wirksam ist, aber dieses nicht zum Adoptivkind, sondern das ursprüngliche Verhältniß wiederaufleben macht; *ne imagine naturae veritas adumbretur, non translatus, sed redditus videtur* (*Pap. fr. 23. D. de lib. instit. 28, 2*).

§ 752] Es steht frei, im 1. 2. Grad u. s. w., also nicht bloß *in locum filii,* sondern ebenso *in locum nepotis* oder *pronepotis* zu adoptiren, und letzteres selbst dann, wenn der zwischenbefindliche Grad gar nicht vertreten wäre (*fr. 37. D. eod.;* für die Erbfolge wichtige Abstufung). Hat der Adoptirende einen eigenen legitimen Sohn, dem er durch Enkels-Adoption einen agnatischen Descendenten geben würde, so ist Consens des Sohns erforderlich (*§ 7. J. eod.*).

Fähig zu adoptiren sind nur Männer (Römische Bürger), weil nur sie *patria potestas* haben können (*§ 10. J. eod.*); fähig adoptirt zu werden, sind Römische Bürger männlichen, wie weiblichen Geschlechts, und mündigen, wie unmündigen Alters (*Ulp. fragm. 8, 5; Gai. 1, 101. 102*).

Annahme eines Pflegekindes (*alumnus*) in häusliche Gemeinschaft und Erziehung begründet wohl ein gewisses Aufsichtsrecht (*fr. 3. § 4. D. de hom. lib. exhib. 43, 29*), nicht aber agnatische Kindschaft und väterliche Gewalt im eigentlichen Sinn.

§ 753] Jenachdem eine *persona sui* oder *alieni juris* adoptirt wird, unterscheiden die Römer:

a) *arrogatio;*[1] dieselbe mußte auf Grund vorgängiger Prüfung der

Sachlage (*ex justa causa*) durch *populi rogatio* in den Comitien geschehen, weil es sich immer dabei um Untergang eines selbständigen, ehemals für die *sacra* wichtigen, Vermögenskreises* handelte, daher weder Unmündige, noch Frauenspersonen (*cum quibus nulla comitiorum communio erat*) arrogirt werden konnten (*Gell. 5, 19; Gai. 1, 99*). An Stelle dieser Feierlichkeit trat in der Kaiserzeit (seit Diocletian ausschließlich) die *arrogatio per rescriptum principis*, welche auf Grund vorgängiger obrigkeitlicher *causae cognitio* (*fr. 17. D. eod.*), und zwar nun auch in Anwendung auf Unmündige und Frauenspersonen, erlangt werden konnte (*Gai. 1, 102; Ulp. fragm. 8, 5; l. 2. 6. C. de adopt. 8, 48*).

Der Arrogirende succedirt *per universitatem* in das Vermögensganze des Arrogirten, soweit dessen Bestandtheile nicht infolge der *capitis diminutio minima* untergehen,** sowie in dessen etwaige Haus- und Vermögensgewalten (*potestas, manus*); auch muß er die zugehörigen Schulden mit übernehmen, indem diese nach Prätorischem Recht als *utiles actiones* zu Gunsten der Gläubiger wiederhergestellt werden (*Gai. 1, 107; 2, 98; 3, 82—84; fr. 2. § 2; fr. 15. pr. D. de adopt. 1, 7*).

Zum Schutze des *impubes arrogandus* mußte der *arrogaturus* Bürgen dafür stellen, daß er das überkommene Vermögen jenes, wenn derselbe in der Unmündigkeit versterben sollte, an dessen ursprüngliche Erben —, wenn er denselben in der Unmündigkeit emancipiren sollte, an ihn selbst restituiren, und daß, falls er denselben *sine justa causa* emancipiren oder enterben sollte, demselben ein Viertheil des eignen Vermögens des *arrogans* (s. g. *Quarta divi Pii*) gesichert werde (*fr. 18—20. D. eod.; § 3. J. eod.; l. 2. C. eod.*).

§ 754] b) *adoptio* im engern Sinn, d. h. Erwerbung der *patria potestas* aus der Hand des bisherigen Gewalthabers; sie ist durch *datio in adoptionem* bedingt: der Wille des bisherigen Gewalthabers ersetzt hier den Staats- (Volks-) Willen und den Willen des *adoptandus* zugleich. Von der Succession in Vermögen des zu Adoptirenden kann hier keine Rede seyn.

Der Adoptionsakt zerfiel in eine vorbereitende und eine vollziehende Solennität, indem aa) der in Adoption Gebende seine Gewalt durch Mancipation des Kindes in das *mancipium* eines anderen [illegible]ers löste, und dann bb) der in Mancipium Empfangende das Kind im Wege der *in jure cessio* an den Adoptivvater überantwortete. So bedurfte es immer der Vermittlung eines Freundes, in dessen *fiducia* gleichsam das Schicksal des Kindes gelegt wurde: dieses sollte nicht im *mancipium* des Fiduciars bleiben, sondern die *servilis conditio* nur ein Durchgangs-Stadium und eine bloße Form seyn.

Auf Grund der XII Tafeln aber ward angenommen, daß Haussöhne nicht schon mit einmaliger, sondern erst mit dreimaliger[2] Mancipation aus dem Agnatenband gelöst würden: *Filius quidem tertia*

*) s. oben Cursus § 383. **) s. das. § 384.

demum mancipatione, ceteri liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentium potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur, his verbis: Si pater filium ter venumdabit, filius a patre liber esto. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui, is eum vindicta manumittit, eo facto revertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat vel eidem vel alii, sed in usu est, eidem mancipari; isque eum postea similiter vindicta manumittit, quo facto rursus in potestatem patris sui revertitur; tunc tertio pater eum mancipat vel eidem, vel alii, sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur, eaque mancipatione desinit in patris potestate esse (*Gai. 1, 132*).

Der Uebergang von dem ersten zu dem zweiten Bestandtheil des Adoptionsritus konnte ein unmittelbarer seyn, indem die Mittelsperson (*pater fiduciarius: Gaii Epit. 1, 6. § 3*) nach der entscheidenden Mancipation sofort das Kind an den Adoptivvater cedirte, oder eine durch den leiblichen Vater vermittelte, indem die Mittelsperson zunächst das Kind an jenen remancipirte, und nun der leibliche Vater das Kind an den Adoptivvater cedirte[8]: jene Procedur war einfacher, insofern dabei der Remancipationsact unterblieb, diese dagegen bequemer, insofern dabei der künftige Adoptivvater selbst den Fiduciar spielen, und „also die ganze Adoptionshandlung zwischen ihm und dem leiblichen Vater allein, ohne Beiziehung eines Dritten, vor sich gehen" konnte (*Gai. 1, 134;* eine lückenhafte Stelle).

§ 755] B. Endigung der väterlichen Gewalt erfolgte entweder 1) ohne daß das Kind dadurch eine *capitis diminutio* erfuhr: a) durch den Tod oder eine *capitis diminutio* des bisherigen Gewalthabers; wobei vorausgesetzt ist, daß nicht dadurch die schlummernde Gewalt eines Anderen Gewaltberechtigten erwacht, z. B. wenn bei des gewalthabenden Großvaters Tode der agnatische Vater noch lebt, hat dieser nun das Kind in seiner Gewalt (*Gai. 1, 127; Paul. II, 25. § 1; pr.—§ 3. J. quib. mod. solv. 1, 12*).

b) Durch Gelangung des Kindes zum Priesteramte eines *flamen Dialis* oder einer *virgo Vestalis* (*Gai. 1, 130*; *Ulp. fragm. 10, 3*), oder

2) in Verbindung mit einer *capitis diminutio* des Kindes, welche wieder entweder *magna* oder *minima* seyn konnte, z. B. Deportation, oder *datio in adoptionem, in manum mariti* oder *in mancipium.* Eine *minima* erleidet das Hauskind auch durch *emancipatio,* die, ein der Manumission analoger und freiwilliger Act des Gewalthabers, das bisher einer fremden *familia* angehörige Kind in das Verhältniß einer *propria familia* bringt.

Emancipatio ist Niederlegung der väterlichen Gewalt und folglich Selbständigerklärung eines Hauskindes. Der Emancipant ist dabei an keine materiell-ökonomischen Voraussetzungen, wie etwa eigenen Haus- und Wirthschaftsstand des Kindes, gebunden, anderseits kann er auch regelmäßig nicht dazu genöthigt werden (*fr. 31. D. de adopt. 1, 17*). Erst Kaiser Trajan zwang einen Vater wegen Mißhandlung seines Sohnes denselben zu emancipiren (*fr. 5. D. Si a parente*

manumissus 37, 12). Consens des zu Emancipirenden war ursprünglich wohl gleichfalls kein Erforderniß, doch scheint in der Kaiserzeit sich die Regel festgestellt zu haben, daß ein Haussohn nicht wider seinen Willen emancipirt werden könne (*Paul. II, 25. § 5*).

Die Solennität bestand — wie bei der *datio in adoptionem** — in einer ein- bez. dreimaligen Mancipation, auf welche dann *vindicatio in libertatem* folgte: diese nahm entweder ein Dritter gegenüber dem Fiduciar vor, oder wenn dieser an den Vater remancipirt hatte, der Remancipant selbst gegenüber dem Vater (*fr. 3. § 1. D. de cap. min. 4, 5; § 6. J. quib. mod. solv. 1, 12*). Auch rücksichtlich des Einflusses auf die Kinder des *Emancipatus* stand die Emancipation der *datio in adoptionem* gleich: die bis zum Vollzug des entscheidenden Actes gezeugten Kinder blieben in der bisherigen Gewalt (des Großvaters) zurück (*Gai. 1, 135*), während bei der Arrogation die gewaltuntergebenen Kinder des *arrogatus* diesem in die neue *familia* und *potestas* folgten (*fr. 3. pr. D. de cap. min. 4, 5*).

Formlose Verstoßung eines Kindes von Haus und Heerd hatte nicht die Rechtswirkung der Emancipation: *Abdicatio, quae Graeco more ad alienandos liberos usurpabatur, et ἀποκήρυξις dicebatur, Romanis legibus non comprobatur* (*Valerian. a. 288: l. 6. C. de patr. pot. 8, 47;* dazu *l. 3. C. de emanc. 8, 49*).

Literatur: 1) Ueber die *arrogatio* als Uebertrittsform eines Patriciers zur Plebs s. Ihering Geist d. R. R. III. S. 279 ff. Ueber die *adoptio regia* s. Ihering ebendas. S. 282 ff. u. Kuntze Excurse üb. R. R. S. 241—5. — 2) s. darüber Ihering II. § 32. S. 190 (2. Aufl. S. 173). — 3) v. Scheurl Beiträge z. Bearbeitung des R. R. I. S. 265—268.

XLIV. Kapitel.

III. Das Peculium.**

§ 756] In gar mancher Richtung bemerken wir seit den Anfängen der Kaiserzeit Ansätze zu einer selbständigen Rechtsstellung der Hauskinder, namentlich der Haussöhne, deren selbständiges Auftreten im Verkehr oftmals geradezu ein Lebensbedürfniß für sie war. Dies erkannte auch die Praxis an, obgleich sie an der Regel des alten Rechts festhielt, daß *filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet* (*Paul. fr. 9. D. de O. et A. 44, 7;* dazu *Ulp. fr. 13. § 2. D. quod vi aut clam 43, 24*). Zuerst scheint auf Julian's Autorität hin dem *filiusfamilias absens*, wenn er durch Delict beschädigt ist, das *agere utili judicio* zugestanden worden zu seyn (*fr. 18. § 1. D. de jud. 5, 1;* dazu *Tryph. fr. 22. pr. D. de inoff. test. 5, 2*), und vielleicht war es auch Julian, welcher die Aufnahme der *formula in factum concepta* ins Edict für den Haussohn, der *ex deposito* oder *commodato* klagen wollte, veranlaßte (*fr. 9. D. de O. et A. 44, 7*). Ulpian vollendete dann diese Theorie, indem er dem Haussohn überhaupt in Contractsfällen das *agere utili judicio* verstattete

*) s. den vorhergeh. §. **) Vergl. Excurse S. 89—90. 305. 307—309.

(*fr. 18. § 1. cit.*) und den allgemeinen Satz aussprach: *in factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere* (*fr. 13. D. de O. et A. 44, 7*), freilich immer unter der Voraussetzung: *absente patre subveniendum est filio* (*Ulp. fr. 12. D. de in jus voc. 2, 4; fr. 8. pr. D. de procur. 3, 3*).

Aber schon lange bevor diese Zulassung zur activen Proceßrolle eines Klägers anerkannt wurde, war ein selbständiges Auftreten des Haussohns im außergerichtlichen Verkehr eine allgemeine Gewohnheit, und dem Interesse der Herren entsprach es, in gleicher Weise ihre Sklaven handeln zu lassen. Um solchem Handeln Nachdruck zu geben und wirthschaftlichen Erfolg zu sichern, mußte der Gewaltuntergebene mit Mitteln ausgerüstet werden, welche ihm zur Verfügung standen. Zwar gehörten diese Mittel, und was durch sie erworben wurde, immer dem Gewalthaber, aber indem Dritte mit dem Gewaltuntergebenen im Hinblick auf diese Mittel sich in Geschäfte einließen (*fr. 19. § 1.* und *fr. 32. pr. D. de peculio 15, 1*), und nun ein willkürliches und böswilliges Zurückziehen der Mittel als *dolus malus* des Gewalthabers behandelt ward (*fr. 21. pr. § 1. 3. D. eod.*), gewann jene Bemitteltheit die thatsächliche Bedeutung eines eignen Vermögens.

Aus der Sitte, daß so der Gewaltuntergebene über einen Bestand einzelner aufzählbarer Werthstücke zu verfügen habe, wenn ihm solche vom Gewalthaber zu diesem Behufe überantwortet waren, entwickelte sich das erst in der Kaiserzeit* vollendete Rechtsinstitut des *Peculium*, ruhend auf der Idee einer latenten und nun hier und da zum Durchbruch kommenden Vermögensfähigkeit des Hauskindes und Sklaven.

§ 757] Das ausgebildete *peculium* ist das Abbild des *patrimonium*,[1] d. h. was das *patrimonium* für den Gewaltfreien, ist das *peculium* für den Gewaltuntergebenen (*fr. 47. § 6. D. eod.*); wie *patrimonium*, so beruht auch *peculium* auf der Voraussetzung der Vermögensfähigkeit, nur daß diese bei dem Gewaltfreien eine vollkommene, bei dem Gewaltuntergebenen eine unvollkommene (latente) ist; mithin wie *patrimonium*, so drückt auch *peculium* eine Vermögenssphäre aus, allein jenes ist eine selbständige, dieses eine unselbständige Sphäre; folglich, was *in patrimonio* (*in bonis*) und *in peculio* ist, muß wohl unterschieden werden von dem *patrimonium* oder *peculium* selbst (*juris intellectu*).

Die Unselbständigkeit des *peculium* ist eine Consequenz aus der *potestas* des Vaters, bez. Herrn, aber das *peculium* als Vermögenssphäre haftet an der Persönlichkeit des Gewaltuntergebenen und entsteht und vergeht nur mit derselben. Also nicht das *peculium*, sondern *id, quod in peculio* (*s. peculii*) *est*, ist ein Ausfluß der *potestas*, und nur wenn an den Inhalt des *peculium* gedacht wird, ist der Satz richtig, daß das Peculium (nach der Ansicht Mancher: *fr. 7. § 1. D. eod.*) durch *concessio* begründet werde. Das Peculium als Vermögenssphäre ist ein Abbild des *patrimonium*, aber als Vermögensbestand ist es ein Theil des

*) Vergl. den Excurs zu diesem Kapitel.

patrimonium des Gewalthabers; wie die Provinz ein publicistischer Binnenkreis im Reich, so ist das *peculium* ein civilistischer Binnenkreis in der Welt des *paterfamilias.*

Als Abbild des *patrimonium* wird das *peculium* eine *quasi pusilla pecunia s. pusillum patrimonium* genannt (*Ulp. fr. 5. § 3. eod.*), und bleibt in allen Veränderungen seines Bestandes identisch: *peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur; et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat: peculium simile esse homini* (*Marcian fr. 40. pr. eod.*; dazu *fr. 57. § 1. eod.* und *fr. 3. D. quando de peculio 15, 2*); ein Peculium ist immer da, auch wenn augenblicklich gar nichts *in peculio* ist, und demgemäß findet die *actio de peculio* Statt, *si nihil in peculio sit, cum agatur* (*fr. 30. pr. D. de pecul. 15, 1*). Als Theil des *patrimonium* des Gewalthabers aber hängt es immer von dem ausdrücklichen Willen dieses ab: *peculii est, non id, cujus servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit* (*Pomp. fr. 4. pr. D. eod.*); *peculium Tubero quidem sic definit, ut Celsus refert: quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet* (*Ulp. fr. 5. § 4. eod.*). Nicht die äußere Abtrennung im Rechnungswesen, sondern die auf bestimmte Werthstücke gerichtete Bewilligung des Gewalthabers (*concessio s. constitutio patrisfamilias, domini*) verschafft dem Gewaltuntergebenen Peculiarbestandtheile.

§ 758] A. *Peculium simplex.** Dasselbe ist zunächst als eine Ausstattung behufs eigner häuslicher und wirthschaftlicher Einrichtung zu denken; diese aber kann in den verschiedenartigsten Werthstücken bestehen: *in peculio res esse possunt omnes, et mobiles et soli, et nomina debitorum* (*Ulp. fr. 7. § 4. eod.*).

Das Peculium gilt nach außen hin wie eignes Vermögen des Inhabers, d. h. wer Gläubiger desselben wird, kann es als Executionsobject betrachten. Dies ist die praktisch hervortretende Seite des Instituts und zeigt sich in der Gestalt der *actio de peculio*, welche jedem Gläubiger des Gewaltuntergebenen gegen den, der *peculium* concedirt hat, auf Befriedigung aus dessen Bestand (nach Auflösung des Gewaltverhältnisses noch 1 Jahr lang: *fr. 1. D. quando de peculio 15, 2*) zusteht. Die Klage ist die Contracts- oder Delictsklage mit einem das Peculiarverhältniß (*adjecta qualitas*) ausdrückenden Zusatze. Der Gewalthaber, der sonst durch Handlungen seiner Gewaltuntergebenen regelmäßig nur berechtigt, nicht verpflichtet wird, muß *peculio tenus* für die Verpflichtungen einstehen.

Zur Constituirung eines *peculium* ist keine Solennität, nicht einmal ein positiver Act des Gewalthabers erforderlich; es genügt, wenn er weiß, daß der Gewaltuntergebene Etwas *peculii nomine* hat, und er ihm dies nicht entzieht; selbst was der Gewaltuntergebene von einem Dritten ohne Wissen des Gewalthabers erworben hat, gehört zum Peculium,

---

*) Das vom Vater dem Haussohn bewilligte *peculium* dieser Art wird von Neueren *pec. profecticium*, nach Analogie der *dos profecticia* und im Gegensatz des *peculium castrense*, genannt; über letzteres s. unten Cursus Kap. 63.

bis es von jenem genommen wird (*fr. 49. pr. D. de pecul. 15, 1*).[2] Aber die Concession begründet nur ein *precarium:* der Gewalthaber kann jederzeit, insoweit nicht darin ein *dolus* gegen Dritte liegt, den Peculiarbestand einziehen oder verkürzen (*adimere, minuere*), wie er ihn jederzeit mehren kann. Eine Minderung und Mehrung tritt namentlich auch dann ein, wenn der Gewalthaber des Gewaltuntergebenen Gläubiger oder Schuldner wird, insoweit es sich nicht dabei um eine *poena* handelt (*fr. 4. § 4; fr. 9. § 6. D. eod.*): solche Forderungen und Schulden sind nur *naturales obligationes*, aber der Umfang des Peculiarbestandes wird immer durch deren Abzug, bez. Hinzurechnung bestimmt.

Stirbt der Gewaltuntergebene, oder wird er emancipirt, in Adoption gegeben, bez. manumittirt, so fällt das Peculium als solches *ipso jure* in die Hand des Concedenten zurück; nur was als eigentliche Schenkung gemeint war,[3] geht, obschon es bis zur Freigebung *de jure* dem Gewalthaber gehört, mit diesem Acte in das eigene freie Vermögen des nunmehrigen *homo sui juris* über, wofern die Schenkung bis dahin nicht zurückgenommen ist (*fr. 31. § 2. D. de donat. 39, 5; l. 17. C. de donat. 8, 54*); wenn der Fiscus die Güter des Vaters in Beschlag nimmt, findet *separatio peculii ex constitutione Claudii* statt (*fr. 3. § 4. D. de minor. 4, 4*); einem Sklaven gelten die körperlichen Sachen als geschenkt, welche ihm vor der Freilassung nicht abgenommen werden (*fr. 53. D. de pecul. 15, 1*).

Der relativ selbständigen Rolle, welche ein Gewaltuntergebener in Hinsicht des Peculium spielt, entsprechend, erwirbt derselbe auch Besitz; dieser wird als Besitz dem Gewalthaber selbst zugerechnet, auch wenn er nichts davon wüßte (*fr. 1. § 5. D. de acq. poss. 41, 2*).

§ 759] Dem Gewaltuntergebenen kann rücksichtlich seines Peculiarguts eine mehr oder weniger freie Stellung eingeräumt seyn. Ohne ausdrückliche Ermächtigung zu Weiterem steht dem Peculiuminhaber frei, solche Geschäfte vorzunehmen, welche im Verlauf der regulären Wirthschaft liegen, namentlich also die einen Werthumsatz enthaltenden Geschäfte des Kaufens, Tauschens, Miethens und Pachtens, sowie des Verpfändens in eigner Angelegenheit (*fr. 14. D. de except. 44, 1; fr. 16. D. de O. et A. 44, 7; fr. 28. § 1. D. de pign. act. 13, 7*).[4] Durch Verbürgung den Gewalthaber (*de peculio*) zu verpflichten, steht dem Sohn immer, dem Sklaven nur *ex causa peculiari* frei (*fr. 3. § 9; fr. 47. § 1. D. de pecul. 15, 1*).

Einer ausdrücklichen Ausdehnung der Vollmacht (*administrationem dare s. permittere, liberam administrationem concedere: fr. 7. § 1. i. f. D. eod.*) bedarf es, um den Peculiarinhaber zu solchen Rechtsacten zu ermächtigen, welche an sich bloß eine Vermögensminderung enthalten oder zu enthalten scheinen, als da sind novatorische Expromission und Delegation (*fr. 48. § 1. D. eod.*), Transaction, *jusjurandum voluntarium,* Pfand- und Schulderlaß; auch auf Veräußerung von Sachen erstreckt sich jene Vollmacht, so daß der Peculiuminhaber fast dem Eigenthümer gleich steht (vergl. *Paul. fr. 11. D. de lib. instit. 28, 2*);

qui peculii administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quod et specialiter permissurus est (*Paul. fr. 46. eod.*). Doch bleibt er auch so der Schranke unterworfen, daß er Schenkungen ohne besonderen dringenden Anlaß nicht machen darf. Die *donandi facultas* wird nur durch Specialvollmacht gewährt (*fr. 7. D. de donat. 39, 5*). Der *donatio* steht *manumissio servi* gleich (*fr. 13. D. de jure patron. 37, 14*).

§ **760**] Das *peculium servile* wird im Allgemeinen wie das *peculium filiifamilias* behandelt, auch im Sklavenverhältniß bildet die *potestas* (*dominica*) das Fundament des Peculiarguts; wer nicht Gewalthaber ist, z. B. einen fremden Sklaven nur gemiethet oder geliehen hat, kann nicht *peculii nomine* berechtigt und verpflichtet werden (*fr. 37. pr. D. de acq. dom. 41, 1;* dazu *fr. 40. D. de stip. serv. 45, 2*). Bemerkenswerth aber sind folgende Besonderheiten des Sklavenpeculium:

1) *Duplex peculium*[5]: es kann an Einem Sklaven ein zwiefaches gesondertes Peculium hängen, nämlich wenn der Sklave, der von seinem Herrn her Peculiargut hat, gleichzeitig als *servus fructuarius* oder *dotalis* für einen Anderen solches Gut erwirbt (*fr. 2. 19. § 1. D. de pecul. 15, 1*).

2) *Commune peculium*[6]: wenn ein Sklave mehrere *condomini* hat, so gilt alles zu deren Peculiargut Gehörige als ein ungetheiltes Peculium. „So viele Gewalthaber, so viele Peculien sind möglich, denn für jeden gilt die Peculienfähigkeit dessen, der in der Gewalt steht. Aber wie der *paterfamilias* nur Ein *patrimonium*, so hat der Sklave nur Ein *peculium*, weil wie die Vermögensfähigkeit, so auch die Peculienfähigkeit immer nur Eine seyn kann“ (*fr. 19. § 1; fr. 32. pr. fr. 47. § 5. D. eod.*). Demgemäß kann in der Regel der Gläubiger jeden der *condomini* auf's Volle (*in solidum*) in Anspruch nehmen,* aber der in Anspruch Genommene kann auch Gegenforderungen der Mitherren (*socii*) zur Compensation benutzen (*fr. 11. § 9; fr. 27. § 8. D. eod.; fr. 13. § 2. D. de inst. act. 14, 3*).

3) *Peculium vicarii* d. h. eines Untersklaven, als dessen Herr *jure naturali* der Obersklave (*servus ordinarius*) gilt. Das Unterpeculium bildet eine Section des Peculium des Obersklaven (*fr. 7. § 4. D. de pecul. 15, 1*), daher mindert eine Schuld des Letzteren an den Gewalthaber zugleich das Unterpeculium, und eine Schuld des Obersklaven an den Untersklaven mehrt das Unterpeculium, während dies ohne Einfluß auf den Bestand des Oberpeculium selbst ist, *quia peculium vicarii in peculio ordinarii est* (*Ulp. fr. 17. D. eod.;* dazu *fr. 19. pr.* und *fr. 38. § 2. eod.*).

§ **761**] B. *Merx peculiaris.* Neben das eigentliche Civilpeculium tritt auf Grund des Edicts und dann namentlich der Autorität Labeo's das Handelspeculium, dessen Hauptanwendung im Sklavenstande vorkam (*fr. 1. § 5. D. de tributoria actione 14, 4*); dasselbe ist nicht ein bloßes Seitenstück, sondern eine Fortbildung des Civilpeculium, und kann vielmehr als ein Seitenstück des Militärpeculium ange-

*) Vergl. oben Cursus § 697. sub 1).

sehen werden, zu welchem der erste Grund fast gleichzeitig durch Augustus gelegt ward.* In beiden zeigt sich das Erstarken der hausunterthänigen Peculiarsphäre zu einer theilweisen Rechtsselbständigkeit, und das Agens in dieser beiderseitigen Entwicklung kommt aus der Triebkraft, welche immer von einer ausgebreiteten Berufsstellung im Leben ausgeht. Hier sind es der mercantile und der militärische Beruf: jener mit dem allgemeinen Verkehrsrecht, dieser mit dem *jus militum* zusammenhängend.

Merx peculiaris bedeutet überhaupt ein *peculium mercatorium:* a) es umfaßt daher nicht bloß Waarenvorräthe, sondern alle Werthe, welche direct und indirect einen Handlungsfond bilden und mehren können (*fr. 5. § 12—14. D. de tributoria actione 14, 4*); b) es beschränkt sich nicht auf eigentliche Waaren- und Umsatzgeschäfte, sondern kann bei jeder Geschäftsart (z. B. der *fullones, sarcinatores, textores*) vorkommen (*fr. 1. § 1. D. eod.*).

§ 762] Die Hauptsätze sind: 1) Der *merx peculiaris* gegenüber steht der Gewalthaber wesentlich anders da, als dem gewöhnlichen Civilpeculium gegenüber, denn wo jene vorliegt, da *velut extraneus creditor in tributum vocatur dominus* (*fr. 1. pr. eod.*), d. h. während ein Civilpeculium *deducto aere dominico* verstanden wird, steht beim Handelspeculium, wenn der Sklave Gläubiger hat, der Gewalthaber nicht besser, wie jeder andere Gläubiger: *privilegium deductionis perdidit* (*fr. 5. § 7. eod.*). Dies mußte dem Handelspeculium einen solideren Credit sichern, und es war so gewissermaßen ein organisches Product des Handelswesens.

2) Das der *actio de peculio* beim Civilpeculium entsprechende Rechtsmittel ist hier die *actio tributoria;* jeder Gläubiger kann sie anstellen, aber er erlangt nur so viel, als auf seinen Antheil kommt, indem das Interesse seiner Mitgläubiger, einschließlich den Gewalthaber, immer zugleich gewahrt wird: *tributio fit pro rata ejus, quod cuique debetur, nam haec actio aequalem conditionem quandoque agentium facit, et dominus in tributum vocatur* (*Ulp.* und *Paul. fr. 5. § 19; fr. 6. 7. pr. eod.*).

3) Während beim Civilpeculium Wissen des Gewalthabers nicht unbedingte Voraussetzung der Verpflichtung desselben (*de peculio*) ist, wird er schlechterdings nur dann nach dem Princip der *merx peculiaris* verpflichtet, wenn er den Geschäftsbetrieb positiv gewollt oder doch bewußtermaßen zugelassen hat (*fr. 1. § 3. D. eod.*).

4) Der zusammenhängende Gewerbsbetrieb drückt der *merx peculiaris* ihren Stempel auf, daher wenn ein Sklave getrennte Geschäfte betreibt, so vertheilen sich danach die Geschäftsgläubiger in selbständige Gruppen: *si duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores: puto separatim eos in tributum vocari, unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi credidit* (*fr. 5. § 15. eod.*).

---

*) s. Excurse S. 309.

Literatur: 1) Dietzel das Peculium im Röm. u. heut. Recht i. Bekker's Jahrb. d. gem. R. II. (1858) S. 2. 44. — 2) Ders. S. 12. Dagegen vergl v. Keller ebendas. III. S. 154. — 3) v. Scheurl Beiträge z. Bearb. d. R. R. I. (Erlgn. 1852) S. 255 256. — 4) Dietzel a. a. O. S. 17. — 5) Ders. S. 5. 37. — 6) Ders. S. 31—37.

Zweiter Titel.

Die Manus und die Dos.

XLV. Kapitel.

I. Wesen und Geschichte des Römischen Ehebandes.

§ 763] I. Unter den heidnischen Culturvölkern des Alterthums ist keines, welches in ernster Auffassung des Ehebandes dem Römervolke voranstünde. Nach alter nationaler Auffassung ruhte das Eheband auf dem Goldgrund sacraler Weihe; Dionysius (2, 25) erzählt von Romulus, daß er die Ehe als κοινωνία τῶν ἱερῶν καὶ χρημάτων bezeichnet habe (anders bei Liv. 1, 9), und noch in Modestin's Definition klingt ein Zug jener ehrwürdigen Auffassung nach: *nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* (*fr. 1. D. de ritu nuptiar. 23, 2;* dazu *Gordian* in *l. 4. C. de crim. expil. heredit. 8, 32*).

Allein im Zusammenhange mit der ganzen Auffassung der Privatsphäre mußte die Auffassung des Ehebandes dennoch eine einseitige seyn, denn da alles Privatrecht auf das *caput patrisfamilias* bezogen wurde, konnte auch in der rechtlichen Formulirung der Ehe zunächst nur das Recht des Eheherrn klar und bestimmt hervortreten. Dieser Einseitigkeit entsprach es, a) daß als Zweck der wahren Ehe nicht ein im Unterschied der Geschlechter begründetes ethisches Ergänzungsbedürfniß, sondern das Verlangen des Römers nach Fortpflanzung des Namens und Hauses galt (*procreandae subolis cupido: Ulp. fr. 22. § 7. D. soluto matrim. 24, 3*); ob etwa in der alten Ritualformel: *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia,* eine Andeutung jenes ethischen Momentes lag, kann gefragt werden; sicher ist aber, daß der eigentliche und allgemeine altherkömmliche Ausdruck ehelicher Absicht (*affectio maritalis s. nuptialis, animus conjugalis*) die Formel: *liberorum quaerendorum causa* war (*Gell. 4, 3; Ulp. 3, 3*). Die Ehe erschien vom Standpunkt des socialpolitischen Lebens aus als das Mittel, ein eignes Haus zu gründen, eine den Namen des Römers fortpflanzende und ihm eine Art Unsterblichkeit sichernde Nachkommenschaft zu erzielen[1]: *idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus* (*Callistr. fr. 220. § 3. D. de V. S.*). Es

klingt freilich jene Formel wie ein Nachklang des göttlichen Urworts: Seid fruchtbar und mehret euch, und es kommt auf das allgemeine Grundgesetz von der Erhaltung der Gattung durch Fortpflanzung hinaus; im Munde des Römers aber wollte das vor Allem Erhaltung des Römischen Bluts und Stärkung des Römischen Reichs bedeuten, das ein Reich von Männern war.

b) Daß die Ehe nicht als ein wechselseitiges Rechtsverhältniß, sondern als eine der *potestas* völlig gleichartige einseitige Haus- und Vermögensgewalt der männlichen Ehehälfte über die weibliche aufgefaßt wurde. Was in den Privatkreis eines Römers eintrat, wußte der einfache und ungelenke Rechtssinn der alten Zeit nicht anders rechtlich zu stellen, als daß er es als Rechtsobject verstand: auch die Gattin, so würdig ihr Walten im Haus und am Heerd nach ehrwürdiger Vätersitte war, erschien rechtlich als Object der Gewalt eines Anderen, des Gatten, und diese streng monarchische Auffassung des Hauswesens* erhielt sich Jahrhunderte lang, ein wahres Gegenbild der Republik!

§ 764] II. Die Römische Ehefrau stand im Verhältniß zu ihrem Eheherrn *filiaefamilias loco* (*Gai. 1, 114*): *filiae locum obtinebat* (*Gai. 1, 111*); in dieser Formel faßten sich alle Grundideen der Römer über das Institut der Ehe zusammen, und mit dieser einen Formel waren alle Fragen nach der rechtlichen Construction des Ehebandes auf's Einfachste gelöst. — In dieser Formel offenbart sich aber auch eine vergleichsweise hohe und edle Auffassung der Ehe.

1) Der Gatte soll seine Gattin behandeln so treu und liebevoll, wie ein Vater sein Kind; er soll sie halten wie Fleisch von seinem Fleisch: es ist die Idee engster Zugehörigkeit.

2) Der Gatte nimmt seine Gattin in seinen legitimen Verwandtenkreis, unter die *sui*, auf und erklärt sie also für seine Agnatin; das Weib ist nicht Sklavin, wie im Orient, sondern wie eine Tochter und gleichsam erstgeborene Haustochter und hat als solche den unbedingt ersten Rang nach dem Mann im Hause: es ist die Idee vollster Ebenbürtigkeit.

3) Die Gattin ist erstgeborene Haustochter, aber freilich Tochter; sie nimmt nach dem Gatten den unbedingt ersten Rang ein, aber ebenso unbedingt steht sie unter dem Gatten, ihm Gehorsam schuldend und rechtlich unterthan; ihr Wille geht in dem seinigen auf, und nach Außen kommt nur der Gatte, nicht die Gattin, in rechtlichen Betracht: es ist die Idee entschiedenster Abhängigkeit.

Darum mußte die heirathende Frau ihre bisherige Familie aufgeben und aus dem angebornen Agnatenkreis scheiden. Ihr Ehegatte trat zu diesem Kreis in kein rechtliches Verhältniß, der Gattin Verwandtschaft blieb ein ihm fremder Agnatenkreis. Dagegen ward die Gattin Agnatin der Agnaten ihres Gatten, *quasi consanguinea* ihrer und seiner Kinder (*Gai. 3, 24*), *quasi neptis* seiner Eltern (*Gai. 1, 159*). Von

*) s. oben Cursus § 57. 89.

einer *affinitas* im rechtlichen Sinn konnte dabei nicht die Rede seyn. Die Heirath war ein Seitenstück der Adoption, die Ehe ein künstliches Verwandtschaftsverhältniß.

§ **765**] Für dieses eigenthümliche Abhängigkeitsverhältniß erhielt sich der uralte Ausdruck *manus** als technische Bezeichnung (*Liv. 34, 2*): die *manus* ist das Abbild der *potestas*. Die Stellung *filiaefamilias loco* findet in dieser *manus* ihren juristischen Ausdruck. Die *manus* steht immer unmittelbar dem Gatten selbst zu (*Gai. 1, 148; 2, 159; Ulp. fragm. 22, 14*); wenn aber der Gatte noch in *potestas* befindlich ist, untersteht die Gattin zugleich der Gewalt des *paterfamilias* ihres Gatten.[2]

Zuerst tritt uns in der *manus* die persönlich-häusliche Unselbständigkeit der Ehefrau entgegen: dem Eheherrn stand eine potestasähnliche** Machtvollkommenheit über Leib und Leben, Aufenthalt und Lebensweise jener zu. Es war also ein sinnliches Gewaltverhältniß, freilich durchdrungen und veredelt von der Idee obrigkeitlicher Aufgabe und Autorität und eingehegt in die von der öffentlichen Meinung, der Verwandtschaft und dem Censor überwachten traditionellen Schranken disciplinarischen Gebietens und Einschreitens (*Dion. 2, 25; Tacit. Ann. 13, 22; Gell. 10, 23; Plin. 14, 13*).

Außerdem ist die *manus* analog der *potestas*, eine Vermögensgewalt; kraft derselben hat die *uxor in manu* nichts Eigenes, und was sie erwirbt, fällt *ipso jure* in des Gatten Vermögen (*Gai. 2, 86*). Von einer Beerbung der Gattin kann keine Rede seyn, denn wenn sie etwa *femina sui juris* bei der Eingehung der Ehe war und eignes Vermögen mitbrachte, so war dieses in demselben Augenblick im Wege der Universalsuccession auf den Gatten übergegangen (*Cic. Topic. 4; Gai. 2, 98; 3, 83*), gewissermaßen also darin die Erbfolge anticipirt. — Bestritten war,[3] ob durch Vermittelung der *uxor in manu* der Gatte auch Besitz erwerben könne (*Gai. 2, 90*).

Durch ihre Contracte ward die Frau zunächst selbst verpflichtet, ihr Gatte hatte die Wahl, ob er völlig für jene eintreten, oder den Gläubigern die Güter, welche ohne *manus* der Gattin gehören würden, überlassen wolle (*Gai. 4, 80*). Dieselbe Wahl hatte er betreffs der schon vor der Ehe contrahirten Schulden (*Gai. 3, 84; 4, 38*). Das Recht der *noxae datio,* wenn es jemals bestanden hat, mag als unverträglich mit dem Wesen der Ehe schwerlich in häufiger Uebung gewesen seyn; erwähnt wird es nicht.

§ **766**] III. Unter dem Einfluß des *jus gentium* und in Analogie der freien Consensualcontracte† entwickelte sich während der letzten Jahrhunderte der Republik die Sitte, Ehen ohne *manus* einzugehen, denen, sofern sie auf *conubium* ruhten, im Uebrigen die Rechtswirkungen einer wahren Römischen Ehe (*matrimonium justum s. legitimum*) zu-

---

*) Vergl. Excurse S. 91. 131. **) s. oben Cursus § 742.
†) s. oben Cursus § 196 u. meine Abhandlung über den *Mos Civitatis* in der Münchner krit. Vierteljahrsschrift IX (1867) S. 526 ff.

gestanden wurden; d. h. es wurde der dauernden Geschlechtsverbindung eines Römers, welcher sich eine Frau mit der *affectio maritalis* nahm, die volle äußere Ehre einer Ehe gezollt, für die Nachkommenschaft aus dieser Verbindung die Vaterschaft und der Name des Mannes anerkannt (*pater est, quem nuptiae demonstrant*), dem Vater die *patria potestas* und den Kindern der Stand des Vaters gewährt. Es war also eine Ehe, der eben nur die Qualität der *manus* mit ihren Consequenzen fehlte.

In einer solchen Ehe ohne *manus* (s. g. *liberum matrimonium inter Romanos*) blieb die Gattin Herrin ihres Vermögens, wenn sie *sui juris* war und Vermögen hatte; blieb sie agnatisches Glied ihrer bisherigen Familie; blieb sie, wenn sie noch in väterlicher Gewalt gestanden, in derselben; konnte sie von ihrem Vater ein *peculium* haben und behalten; konnte sie fortan, wenn sie *sui juris* war oder wurde, während der Ehe eignes Vermögen erben und erwerben (*fr. 65. § 1. D. de rei vind. 6, 1; fr. 24. D. de jure dot. 23, 3*). Aber nicht bloß dies, sondern da sie nicht in die eigentliche Gewalt ihres Gatten kam, war auch ihre persönliche Stellung unabhängiger, und die Willkür des Gatten beschränkt durch die gewahrte Autorität und Gewalt des Vaters oder Großvaters oder Vormunds. Alle diese Vortheile mögen zusammengewirkt haben, um der neuen Sitte Eingang zu verschaffen in einer Zeit beginnenden Verfalls des Familiensinns, immer leichtsinnigerer Ehescheidung und zunehmenden Eigennutzes und Eigensinns.

So war die Abstreifung der *manus* ein Symptom des geistigen Libertinenthums und eine nationale Einbuße der Römischen Gesellschaft. Die *manus* war der solide Rahmen der Ehe gewesen; jetzt wurde der Rahmen gesprengt, und die Ehe mußte vor dem Römischen Auge wie ein Bild ohne Rahmen stehn. Diese Entwicklung ist unverkennbar, doch müssen wir billig auch die Kehrseite des traurigen Bildes berühren, die ebenso unverkennbar wenigstens einigen Ersatz bietet. Die Ehrwürdigkeit und Straffheit des Bandes gingen unter, aber eine freiere und edlere Form konnte jetzt Raum gewinnen: das Weib war nicht mehr dem fast unbedingten Egoismus des Mannes überliefert, und man durfte jetzt von Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten sprechen. Der freie Sinn der Liebe konnte, wo er vorhanden war, sich sinnigen und edlen Ausdruck suchen und schaffen, unbeengt durch den formellen Rahmen einseitiger Mannesgewalt, und die freie Hingebung hatte mehr Werth als der von Rechtswegen geforderte Gehorsam. Uns erscheint dieser Standpunkt christlich-sympathisch, und so wird nur zu sehr in der üblichen Darstellung der Römischen Ehe die alte ernste Manusehe zurückgesetzt hinter den elastischen Linien der modernrömischen Ehe: in der That gab es da mehr Einbuße, als Gewinn, aber auch der Gewinn darf doch nicht unerwähnt bleiben.[4]

§ 767] Die freie Ehe des neuen *mos Civitatis* war rechtlich wohl zu unterscheiden 1) von der Ehe unter solchen, die nicht *conubium*[5] hatten: *matrimonium mere juris gentium* unter Peregrinen und Latinen,

oder Römischer Bürger mit solchen (*Ulp. fragm. 5, 2—7*): einer solchen Ehe fehlte zwar nicht die Ehre der Ehe und die Anerkennung der Vaterschaft, aber der Civilschutz gegen Ehebruch der Frau (*Coll. leg. Mos. et Rom. 4, 5*), die Wirkung der *patria potestas*, der Uebergang des väterlichen Standes (Civität) auf die Kinder und deren Erbfolge in den väterlichen Nachlaß[6]; 2) von den Geschlechtsverbindungen ohne die Intention wahrer Ehe und den verbotenen Verbindungen, deren Sprößlinge im rechtlichen Sinn geradezu Kinder ohne Vater waren.*

§ 768] Die vollzogene Wandlung zeigte sich auch in äußeren Momenten, namentlich darin, daß die Eheschließung der neuen Art ohne besondere Rechtsform geschehen konnte; sie war als Consensualehe das Seitenstück der Consensualcontracte. Aber wie der Uebergang von solennen Geschäften des alten Rechts zu den Consensualcontracten vor Allem und wesentlich eine innere Wandlung des Organismus der Obligatio und der Uebergang zu dem System der gegenseitigen Obligationen war: so ist auch die neue Consensualehe vor Allem und wesentlich als eine neue Organisation des Ehebandes und als ein Uebergang zu der Idee der Wechselseitigkeit aufzufassen. Die Ehefrau wollte nicht mehr so einseitig und streng gebunden dastehen: so ward die Ehe ein freieres und mehr wechselseitiges Band.

Seitdem tauchen manche Ideen auf, welche immer mehr an unsere Anschauung der Ehe als eines Bandes, das sich um zwei wesentlich gleichberechtigte Personen schlingt, erinnern, und die Juristen der classischen Zeit gaben dieser Anschauung gern und deutlich Ausdruck. Wir erkennen da die Neigung einer Zeit, die mit ihren Ahnungen und Bedürfnissen des kommenden Christenthums harrte, und es erklärt sich, daß die Manusehe, obschon sie noch in der Kaiserzeit vorkam, immer mehr Boden im Volke an die freie Consensualehe verlor.

Zwar konnte auch in der freien Ehe der Gatte das *interdictum de liberis exhibendis* des Schwiegervaters zurückweisen (*fr. 1. § 5. D. de lib. exhib. 43, 30*), und selbst gegen diesen, wenn er willkürlich und grundlos auf Trennung der Ehe bestand, den Anspruch, *ut uxor exhibeatur et ei uxorem ducere liceat*, erheben (*fr. 2. eod.; l. 11. C. de nuptiis 5, 4*); zwar konnte der Mann von seiner Ehefrau selbst immer *reverentia* und *obsequium*, auch Keuschheit als eine Familienpflicht (*fr. 14. i. f. D. soluto matrim. 24, 3; l. un. C. de rei uxor. act. 5, 13; l. 8. § 2. C. de repud. 5, 17; fr. 13. § 5. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5*), ja sogar ihre persönliche Beihülfe in häuslichen Dienstleistungen fordern (*fr. 31. pr. D. de don. i. V. et U. 24, 1; fr. 48. pr. D. de operis libert. 38, 1*). Aber der Mann galt nun auch als rechtlich verpflichtet, seiner Ehefrau standesgemäßen Unterhalt zu gewähren (*fr. 21. pr. D. de don. i. V. et U. 24, 1*), einer krank oder wahnsinnig werdenden Ehefrau die erforderliche Pflege zu sichern (*fr. 22. § 8. D. sol. matr. 24, 3*): *quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel*

---

*) Vergl. Cursus § 374. u. Kap. 48. sub B.

uxorem viri, participem esse? (*Ulp.*) wie gegen den Ehemann, so wird auch gegen die Ehefrau eine *actio famosa* nicht zugelassen (*fr. 1. 2. D. de act. rer. amot. 25, 2*), und jedem verklagten Ehegatten das *beneficium competentiae* gewährt (*fr. 20. D. de re jud. 24, 1*).

Daß der Ehemann seine Ehefrau im Proceß zu vertreten hat (*fr. 2. D. de injur. 47, 10*), und selbst als ihr präsumtiver Mandatar gilt (*l. 21. C. de procur. 2, 13*), mag die neue freie Ehe von der alten strengen überkommen haben.

Literatur: 1) Roßbach Untersuchungen üb. die Röm. Ehe (Stuttg. 1853) S. 4. Dazu Voigt die *lex Maenia* (1866) S. 82. 83. Anm. — 2) Manche schreiben dann dem *paterfamilias* des Gatten die *manus* selbst zu, z. B. Roßbach S. 11. und Müller Instit. § 155. Anm. 22. wegen Gell. 18, 6; dieser scheint aber nur die ältere Theorie zu referiren, nach welcher wohl die *uxor filiifamilias in manu patrisfamilias ejus* stand; s. Voigt S. 75—77. — 3) Vergl. dazu Ad. Schmidt d. Persönlichkeit der Sklaven nach R. R. Programm I. Abth. (Freib. 1868) S. 33. Anm. 74. — 4) s. dazu Roßbach S. 42—52. — 5) Ders. S. 453—465. — 6) Ders. S. 464. 465. — Ueber die Strafgewalt des Ehemanns vergl. noch Klenze d. Familienrecht der Cognaten u. Affinen nach Röm. u. verwandten Rechten (Berl. 1828, aus d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. VI.). Eggers Ueb. d. Wesen u. d. Eigenthümlichkeiten der alt-röm. Ehe mit *manus*; mit einem Vorwort v. Brinkmann (Alt. 1833) S. 59. Becker Gallus II. S. 47. Roßbach S. 19. 36.

XLVI. Kapitel.

II. Eingehung und Auflösung der Ehe.

§ 769] **A. Eingehung.** Daß die Ehe durch Vertrag entsteht, ist ein zu natürlicher Gedanke, als daß er in der Rechtsanschauung irgend welchen Volkes gänzlich fehlen könnte. Auch im Römischen Recht lebt dieser Gedanke, nur daß in ihm gemäß der Römischen Auffassung des *paterfamilias* diesem als dem Ehemann schon im Entstehen der Ehe die Initiative und Hauptrolle beigelegt, der Mann als der Raubende, Erobernde, Nehmende, Erwerbende gedacht wird. Der Vertrag wird entweder mit dem Gewalthaber der Braut, oder mit dieser selbst, sofern sie *suae potestatis* ist, geschlossen. Ohne solchen Vertrag kommt keine Ehe zu Stande: die Ehe ist insofern ein Vertragsband, ein freier Bund, ein Wahlverhältniß.

Allein damit ist die Ehe nicht etwa der Obligatio gleichgestellt; die Ehe ist nur eines der vielen Verhältnisse, welche durch Vertrag zu Stande kommen. Bei allen Culturvölkern gesellt sich zum Vertragsmoment die traditionelle Weihe eines Einflusses hinzu, welcher den Ehebund veredelnd und befestigend das verbundene Paar mit einer höheren Macht verbindet und die Enden des Bandes in die Hand der Gottheit selber legt. Erst in den Zeiten sittlich-religiösen Verfalls strebt die Ehe sich völlig zu profanisiren, doch zeigen sich schon vor solchem Verfall zwei verschiedene Gestaltungen.

Entweder bildet die Gottesweihe das eigentliche Regens im Vermählungsact, so daß auch die rechtlichen Elemente noch sacral gebun-

den erscheinen, und das *jus* im *fas* latent ist; oder die Gottesweihe verbindet sich nur äußerlich mit dem juristischen Vertragsact und zieht sich von der Schwelle des eigentlichen Rechts hinweg in die Sitte des Volks zurück; hier kann sie noch lange ihr Leben fristen, obwohl sie vom Standpunkt des Rechts aus ignorirt wird.

§ **770**] Diese beiden Ausgestaltungen zeigen sich bei den alten Römern zunächst in der *confarreatio* und *coëmtio:* beide sind als Verträge zu verstehen und mit sacraler Weihe verbunden zu denken, aber bei der ersteren bildete der Sacralritus die eigentliche schöpferische Weise, bei der anderen ruhte der rechtliche Schwerpunkt allein in der profanen Vertragsaction: insofern können sie als die Sacral- und Profanehe des ältesten Rechts unterschieden werden. Wenn dann die Usualehe und später auch die Consensualehe anerkannt wurden, so waren das zunächst nur stufenweise Entwicklungen des Gedankens, daß das Vertragsmoment sich verschieden gestalten könne, und wir haben uns vorzustellen, daß in der Volkssitte noch lange irgendwelches religiöse Ceremoniell (Auspicien) vor und bei der Vermählung sich behauptete (*Cic. de divin. 1, 16; Tac. Ann. 11, 27; 15, 37*).

Außerdem tritt freilich ein wichtiges Moment in dieser Entwicklung hervor, welches der Consensualehe specifisch ist im Unterschied von der Sacral-, Coëmtional- und Usualehe: die Abstreifung der *manus*. Je weniger allmählich der Gatte als unter dem temperirenden Einfluß des Ehegottes stehend gedacht wurde, um so bedenklicher mußte die hausunterthänige Stellung der Gattin und um so lebhafter das Streben des Weibes nach Freiheit und Gleichheit mit dem Manne werden. Eine entgöttlichte Strenge der Hausherrschaft kann sich nicht halten: so muß die Abhebung vom Sacralgrund endlich zur Sprengung des Manus-Rahmens führen. Das ist die Consensualehe: bei ihr ist unmittelbar weder von sacralem Ritus die Rede, noch die obrigkeitliche Würde des Hausherrn festgehalten. Die Ehe nähert sich dem Begriff einer gegenseitigen Obligatio, und an die Stelle des sacralen Grundes und moralischen Rahmens tritt die Abwägung vermögensrechtlicher Beziehungen. Die *Dos* wird die Grundlage und das Symptom der Ehe.

§ **771**] 1. Eingehung der Manusehe. Uebereinstimmend werden drei Eingehungsweisen, nämlich *usus, farreum* (*farreus panis s. farreum libum* = Dinkel- oder Speltkuchen) und *coëmtio,* und zwar constant in dieser Reihenfolge, aufgeführt (*Gai. 1, 110; Serv. ad Georg. 1, 31; Boëth. ad Topic. 3*)*:* womit die classischen Juristen nicht etwa die Zeitfolge ihrer historischen Genesis, sondern diejenige ihres Absterbens andeuten. Die Usualehe, jüngsten Ursprungs, verschwand am frühesten.[1]

a) Die *confarreatio* bestand in einem Opfer (*sacrificium*) mit *farreus panis* und feierlicher Ansprache (*certa et solemnia verba?!*) vor 10 Zeugen und unter Assistenz des *Pontifex Maximus* und bez. auch *Flamen dialis*[2] (*Gai. 1, 112; Ulp. fragm. 9*). Diese Sacralehe, von Dionysios (*2, 25*) auf Romulus zurückgeführt, wird stets nur als patricische

Ehe erwähnt, daher von *Cicero pro Flacc. 34* nicht mit genannt; in der Kaiserzeit kommt sie ausschließlich als Priesterehe vor, und sie blieb ein Erforderniß nur für die Priester, welche Patricier seyn mußten (*Tac. Annal. 4, 16*).

b) Die *coëmtio* bestand in dem Mancipationsritus *per aes et libram* (*imaginaria emtio*). Wie der Spelt auf den Ackerbau, wieß das Geld auf das Stadtwesen hin: die *coëmtio* mag daher in ihrem ausgeprägten wesentlich profanen Typus vornehmlich die plebejische Eingehungsweise gewesen seyn, und wir mögen sie, sofern dem *fas* das civile *jus* gegenübersteht, die Civilehe der alten Zeit nennen (*Cic. pro Flacc. 34; de orat. 1, 56; pro Mur. 12; Varro de ling. lat. 6, 43; Gai. 1, 123*). Der Kauf hieß hier *coëmtio*, weil das zu erwerbende Weib nicht bloß Object, wie eine Waare, sondern zugleich mithandelndes Subject war.[3] — Es liegt nahe, die eigentliche Ordnung dieser Ehe auf Servius Tullius zurückzuführen, durch welchen das mit der Plebs bereicherte Staatswesen nach der Fünfzahl gegliedert und Geldzeichen von Staatswegen eingeführt wurden.

c) Der *usus*, d. h. die Legitimirung durch *annua perseveratio uxoris in domo mariti*, dürfte am besten als ein Anhang des Coëmtionsinstituts zu verstehen seyn, und war ursprünglich gewiß nur eine Ergänzung des Coëmtionstitels, wenn diese Solennität wegen irgend welchen Mangels unwirksam war. Dann mochte bloße Heimführung (mit Einwilligung des Gewalthabers oder Tutor[4]) genügen, und die XII Tafeln bestätigten, daß die Verwandlung des Zusammenlebens in legitime Ehe und somit *conventio in manum mariti* vereitelt werde, wenn die Frau des Jahrs drei Nächte hintereinander außer dem Hause zubringe (*usurpatio trinoctii: Gai. 1, 111; Gell. 3, 2*). Diese Bestätigung scheint zu beweisen, daß schon damals nicht selten freie Verbindungen ohne den strengen Confarreations- und Coëmtionsritus vorkamen.

§ 772] 2. Eingehung der Consensualehe. Eine Ehe ohne *manus* verlangte rechtlich keine Solennität; der Consens des Mannes und der Frau, bez. des Gewalthabers oder Tutor derselben, gab den Ausschlag: *nuptiae sunt, licet testatio sine scriptis habita est* (*Gai. fr. 4. D. de fide instrum. 22, 4*); auch das naturelle Moment der geschlechtlichen Vereinigung, welches im germanischen Recht eine Rolle spielt, war kein Bedingniß: *nuptias non concubitus, sed consensus facit* (*Ulp. fr. 15. D. de condit. 35, 1; fr. 30. D. de R. J.* und *fr. 32. § 13. D. de don. int. V. et U. 24, 1*). Nur daß die Braut sich in des Mannes Haus begibt und dort Wasser und Feuer empfängt, ist erforderlich zum Zeichen definitiven Eheentschlusses, eine bloße Aussprache ohne *celebratio nuptiarum* wäre zu wenig plastisch: insofern könnte die freie Ehe den Realcontracten verglichen werden. *Mulierem absenti per literas ejus, vel per nuncium posse nubere placet, si in domum ejus duceretur, eam vero, quae abesset, ex literis vel nuncio duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii* (*Pomp. fr. 5. D. de ritu nupt. 23, 3*) — *Virgini*

in hortos deductae, cum in separata diaeta ab eo (marito) esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret et priusquam aqua et igni acciperetur, i. e. nuptiae celebrentur, obtulit decem aureos dono: respondit, ante nuptias donatum (*Scaev. fr. 66. § 1. D. de divortiis 24, 1*). Die *domum deductio*[5] (*pompa nuptialis*) also galt noch in der Kaiserzeit als das entscheidende Zeichen; die *signatio tabularum dotis* geschah meist erst *post contractum matrimonium* (*fr. 66. pr. cit.*).

§ 773] 3. Die Eingehungsweisen des ältern und neuern Rechts bestanden lange nebeneinander fort. Zuerst mußte die Usualehe abkommen, da sie auf einer künstlichen Anschauung ruhte; sie trat ihren Raum im Leben an die Consensualehe ab. Von Cicero (*pr. Flacc. 34*) noch erwähnt, scheint sie theils infolge der Bestimmungen der *lex Papia Poppaea*, theils durch *desuetudo* abgekommen zu seyn (*Gai. 1, 111*). Die Confarreationsform verlor durch ein *Sctum* unter Tiberius (23 n. Chr.) ihre Wirkung der vermögensrechtlichen *manus*[6] (*Tac. Ann. 4, 16; Gai. 1, 136. 137*); mit dem Institut der *Flamines* verschwand auch sie unter Theodosius I. (a. 394: *Boëth. ad Cic. Top. 3, 14; Zosim. 4, 59*). Demnach kam zur Zeit der classischen Juristen neben der Consensualehe eigentlich nur noch die Coëmtionsehe in Betracht: sie war jetzt die einzige Weise, eine Manusehe mit voller Wirkung einzugehen. Auf welchem Wege sie nach dieser Zeit beseitigt ward, ist unbekannt; Servius (*ad Aeneid. 4, 214; ad Georg. 1, 31: coëmtio apud priscos peragebatur*), Boëthius (*ad Top. 3*) und Isidor (*Orig. 5, 24. 26*) besprechen sie als ein aus dem Leben geschwundenes Institut.[7]

§ 774] Ehehindernisse. a) Bis auf die *lex Canuleja* (449 v. Chr.) hatte der Plebs das *conubium cum patriciis* gemangelt:* Ehen zwischen freigebornen Römern und Freigelassenen erschienen von jeher durchaus als unstatthaft (*Cic. Philipp. 2, 2*), aber durch die *lex Papia Poppaea* fiel diese Schranke (*fr. 23. D. de ritu nupt. 23, 2*), und nur Senatoren und Senatorensöhne konnten mit *libertinae* keine vollgültige Ehe eingehen (*Ulp. 13, 1; 16, 2; fr. 44. D. de ritu nupt. 23, 2*), ja durch ein *Sctum* unter Marc Aurel ward diesen solche Ehe ganz verboten (*fr. 16. pr. fr. 42. § 1. eod.; fr. 3. § 1. D. de don. i. V. et U. 24, 1*). Ungültig und strafbar waren überhaupt auch Ehen der Patronin oder ihrer Tochter mit ihrem eigenen Freigelassenen (*Paul. Sent. rec. 2, 19;* dazu aber *fr. 13. D. de ritu nupt. 23, 2*). Außerdem waren seit der *lex Julia et P. P.* als *nuptiae indecorae* Ehen der Senatoren und Senatorensöhne und überhaupt der Freigebornen mit *personae famosae***, bez. auch mit Schauspielerkindern und mit *meretrices* insoweit wirkungslos, als sie nicht von den Rechtsnachtheilen des Cölibats und der Orbität befreiten (*Ulp. 16, 2; fr. 44. D. eod.;* dazu *fr. 42. § 1. eod.*). Endlich war durch die *lex Julia de adult.* auch die Ehe zwischen Ehebrecher und Ehebrecherin für strafbar erklärt (*Paul. 2, 26; fr. 11. § 11; fr. 29. § 1. D. ad leg. Jul. de ad. 48, 5*).[8]

---

*) s. oben Cursus § 115. 119. Excurse S. 104. **) s. oben Cursus § 398. 399.

b) Als heirathsfähiges Alter galt von jeher die Pubertät (*Ulp. 5, 2; pr. J. de nupt. 1, 10*).[9]

c) Castraten sind heirathsunfähig (*fr. 39. § 1. D. de jure dot. 23, 3*).

d) Nichtig ist eine ohne Einwilligung der Gewalthaber eingegangene Ehe[10] (*Ulp. 5, 2*; *fr. 11. D. de statu hom. 1, 5; fr. 2. 18. 25. 35. D. de ritu nupt. 23, 2;* dazu *fr. 19. eod.*), die Ehe zwischen dem Vormund und der Mündel während der Dauer dieses Verhältnisses (*fr. 59—66. D. eod.*) und die Ehe von Provinzialmagistraten mit Provinzialinnen während der Amtszeit (*fr. 38. 65. eod.*).

e) Auch die Nähe der Verwandtschaft bildete in Rom von jeher eine Heirathsschranke,[11] als *nuptiae incestuosae* galten Verbindungen zwischen Adscendenten und Descendenten, und zwischen Seitenverwandten 4. Grades, später (seit Claudius wenigstens) 2. bez. 3. Grades (*Gai. 1, 58. 62; Ulp. 5, 6—12*). Der Cognation scheint die Affinität im Ganzen gleichgestellt worden zu seyn (*Cic. pr. Cluent. 5. 6; de divin. 1, 46; Val. Max. 1. 5. 9; fr. 14. § 4. D. eod.; § 6—8. J. de nupt. 1, 10*).*

f) Von jeher war ein Verheiratheter unfähig, gleichzeitig in eine zweite Ehe zu treten, und dasselbe galt von dem im Concubinat Lebenden (*Gai. 1, 63; Paul. 2, 20*). Bigamie ward bestraft (*fr. 11. § 12. D. ad leg. Jul. de ad. 48, 5; fr. 1. 13. § 4. D. de his qui not. 3, 2*).

§ 775] Verlöbniß. Der Consens des Gewalthabers ward in der alten Zeit durch die Sponsalien erklärt: *Sponsalia sunt mentio* (Vorschlag) *et repromissio nuptiarum futurarum* (*Florent. fr. 1. D. de sponsal. 23, 1*). „Die Väter schlossen den Ehebund der Kinder durch eine feierliche Sponsion (z. B. *Plaut. Trin. 2, 4, v. 98*). Nach latinischem Recht war dies eine streng civilrechtliche Obligation, gegen deren Verletzung eine *actio ex sponsu* erhoben werden konnte (*Gell. 4, 4*);[12] wir zweifeln nicht, daß dasselbe Recht auch einst bei den Römern bestanden habe. In der historischen Zeit wurde der Consens zwar häufig noch an den Sponsalien (*osculo interveniente — annulus pronubus*, gegeben, aber diese waren weder nothwendig, noch hatten sie bindende Kraft."[13] Demgemäß war auch die Form gleichgültig: *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia; denique constat, et absenti absentem desponderi posse, et hoc quotidie fieri* (*Ulp. fr. 4. D. eod.*; dazu *fr. 7. § 2. eod.*).

Selbst ein „*interpositum instrumentum et adjecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento esset,*" band weder die Verlobten, noch deren Gewalthaber, *quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura sive jam contracta* (*Paul. fr. 134. pr. D. de V. O. 45, 1;* dazu *fr. 71. § 1. D. de condit. 35, 1*), und Diocletian bestätigt das m. d. W.: *Alii desponsatae renuntiare conditioni et nubere alii non prohibentur* (*l. 1. C. de sponsal. 5, 1*).

---

*) Vergl. die Excurse zu diesem Kapitel.

Wer einseitig und willkürlich vom Verlöbniß zurücktrat (*repudium*: *fr. 101. § 1. D. de V. S.*), wurde jedoch mit dem *quadruplum*, später wenigstens mit dem *simplum* der *arrha sponsalitia* (Brautgeschenke, Mahlschatz) bestraft (*l. 15. C. de don. ante nupt. 5, 3;* dazu *l. 16. eod.*), und wer ohne erklärten Rücktritt ein zweites Verlöbniß einging, ward *infamis* (*fr. 1. 13. § 1. D. de his qui not. 3, 2*).

§ 776] **B. Auflösung.** Der Eingehung entsprechend* scheint es richtig, auch die Scheidung als Vertrag aufzufassen; indeß würde damit leicht der höhere Sinn des Eheinstituts verloren gehen. Frei treten die Gatten aus Wahl zusammen, aber nicht soll es in gleicher Weise Wahl seyn, wieder auseinander zu gehen. So seltsam das klingen mag: besser ist der Karakter der Ehe in dem einseitigen Scheidungsrecht des Ehemanns gewahrt, welches nach altrömischem Recht in der Consequenz der Privatsouveränetät des *maritus sui juris* gelegen, wenn auch bis ins 3. Jahrh. v. Chr. nicht üblich war: denn das Entscheidungsrecht des Ehemanns ruhte da auf dem Fundament des *imperium domesticum*, d. h. obrigkeitlicher Machtfülle.

In alter Zeit konnte der Mann wegen Unzucht oder Weintrinkens seiner Gattin sich von derselben scheiden; als völlig untrennbar galt nur die Ehe eines *flamen* (*Dion. 2, 25; Plut. Romul. 22; Gell. 10, 15; 17, 21*). Der Scheidungsact war ein solenner *contrarius actus:* also bei der Sacralehe eine *diffareatio*, d. h. ein die Scheidung vollziehendes Opfer vor Zeugen (*Fest. v. diffarreatio*), bei der profanen Manusehe eine *remancipatio* (*Gai. 1, 115; Fest. v. remancipatam*), die gewiß auch auf die Usualehe Anwendung litt: wenn bei letzteren Sacralceremoniell vorkam, so war es doch hier nicht wesentlich.[14]

§ 777] Der Name des Carvilius Ruga leitet die Zeit leichtsinniger und willkürlicher Ehescheidungen ein (*Gell. 4, 3; 17, 21; Val. Max. 2, 1. § 4; Dion. 2, 25*). Das Institut der freien Ehe mag dieser verderblichen Sitte günstig gewesen seyn; eine solche Ehe konnte auch durch den Gewalthaber der Ehefrau getrennt werden, und erst Marc Aurel schränkte diese Befugniß auf Fälle einer *magna et justa causa* ein (*l. 5. C. de repud. 5, 17*).[15] Im Allgemeinen widerstand es dem Römischen Sinn, sich für Lebenszeit gebunden zu halten, und Severus Alexander rescribirt (a. 224): *Libera matrimonia esse, antiquitus placuit, ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere, et stipulationes, quibus poenae irrogentur ei, qui quaeve divortium fecisset, ratas non haberi constat* (*l. 2. C. de inutil. stip. 8, 39*). Zufolge einer Vorschrift der *lex Julia de adulteriis* ward zur Constatirung des Scheidungsactes (*repudium s. renunciatio;* Formel: *fr. 2. § 1. D. de divort. 24, 2*) die Zuziehung von 7 Zeugen verlangt (*fr. 9. D. eod.; fr. un. § 1. D. unde vir 38, 11*), an deren Statt Diocletian den Scheidebrief (*libellus repudii s. divortii*) setzte (*l. 6. 8. C. de repud. 5, 17*), der früher schon üblich, aber

---

*) s. oben Cursus § 769.

nicht wesentlich und entscheidend gewesen war (*fr. 3. 7. D. de divort. 24, 2*). Die Scheidung konnte eine gutwillige Auflösung (*bona gratia discedere: fr. 60—62. D. de don. i. V. et U. 24, 1*) oder eine Aufsagung im Streit seyn (*ira et offensa dissolvere: fr. 32. § 10. eod.*): Rechtsnachtheile waren nicht darangeknüpft; nur der *liberta*, die ihrem Patron die Ehe willkürlich aufkündigte, wurde auf Grund der *lex Julia et Papia* anderweite Heirath oder Concubinat versagt (*fr. 11. pr. D. eod.: quamdiu patronus ejus uxorem suam esse vult, cum nullo alio conubium ei est;* dazu *fr. 45—50. D. de ritu nupt. 23, 2*).

Abgesehen von der Scheidung kommen Tod, *capitis diminutio maxima* und Captivität[16] (*fr. 12. § 4. D. de captiv. 49, 15*) als Auflösungsgründe in Betracht (*fr. 1. D. de divort. 24, 2*). Im Fall der Deportation konnte der andere Gatte sich für Fortsetzung der Ehe als *matrimonium juris gentium*, aber mit dem Römischen Dotaleffect, entscheiden (*fr. 5. § 1. D. de bon. damnat. 48, 20; l. 1 C. de repud. 5, 17*).

§ 778] Anderweite Verehelichung (*secundae nuptiae*) war sonst nicht verboten; in dem System der *lex Papia Poppaea* erschien sie sogar als geboten.

Nach alter Sitte mußten aber Frauen nicht bloß ihre Adscendenten und Descendenten, sondern auch ihre Ehemänner 10 Monate lang (*tempus lugendi*) betrauern, und hieran anknüpfend schrieben die *lex Julia* (?) und das Prätorische Edict den Wittwen vor, daß sie während jener Frist sich einer neuen Ehe zu enthalten hätten: es sollte dadurch *turbatio sanguinis* verhütet, d. h. der Ungewißheit eines vielleicht im ersten Jahre der neuen Ehe gebornen Kindes rücksichtlich der Vaterschaft vorgebeugt werden (*fragm. Vat. § 321; fr. 11. § 3. D. de his qui not. 3, 2*). Durch vorzeitige Eheeingehung erlitten die Betheiligten Infamie, doch blieb die neue Ehe gültig. Das Verbot cessirte im Fall der Niederkunft der Wittwe vor Ablauf der Frist (*fr. 1. 11. § 1. 2. eod.*). Später ward es auf den Fall der Scheidung ausgedehnt (*l. 9. C. de repud. 5, 17*).

Literatur: 1) Roßbach Untersuch. üb. d. Röm. Ehe S. 63. Anm. 227. — 2) Ders. S. 125. u. Karlowa die Formen d. Röm. Ehe u. Manus (Bonn 1868) S. 14. — 3) Anders Roßbach S. 75; vergl. dagegen Huschke Studien üb. R. R. S. 200. u. Karlowa S. 51. — Ueber die vermuthliche Wechselrede dabei s. Huschke S. 186. 199. u. Hase *de manu juris Rom. antiqu. comment.* (Halle 1847) p 49. Dagegen s. Roßbach S. 71. — 4) Dazu Roßbach S. 147. 148. 395. 399. u. Karlowa S. 75 ff. — 5) Roßbach (S. 328—376) schildert den ganzen rituellen Apparat ausführlich. Dazu Karlowa S. 30—35. — 6) Roßbach S. 57. 99. Karlowa S. 43. — 7) Roßbach S. 66. — 8) Ausführlicheres s. bei Roßbach S. 452 bis 458. Walter Gesch. d. R. R. II. (3. Aufl.) § 521. u. Müller Institut. § 156. Anm. 11. — 9) Roßbach S. 403—420. — 10) Ders. S. 395—401. — 11) Ders. S. 420—452. — 12) Huschke i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. X. S. 315 ff. Dirksen d. Wirksamkeit d. Ehegelöbnisse (Abh. d. Berl. Acad. 1848) S. 89—103. Rein Privatrecht d. Römer (Leipz. 1858) S. 407—412. Voigt d. *jus naturale* d. Römer II. S. 234—8. Ihering Geist d. R. R. II. S. 227 ff. (2. Aufl. S. 209—211). Walter Gesch. d. R. R. II. § 520. — 13) Roßbach S. 394. — 14) Ders. S. 128 bis 138, welcher dem religiösen Element etwas zu viel Raum (vom Rechtsstandpunkt aus) vindicirt. — 15) Vergl. Voigt die *lex maenia de dote* (Weimar 1866) S. 21—4;

69—74. — 16) Eigenthümliche Ansicht s. bei Hase d. *jus postliminii* (Halle 1851) S. 85—93.

XLVII. Kapitel.

III. Dos.

§ 779] A. Geschichte. Von einer *dos* im eigentlichen Sinn, d. h. als einem besonderen Rechtsinstitut, konnte in der Zeit ausschließlicher Manusehe keine Rede seyn, denn da ging die Vermögenssphäre der Gattin in der Vermögensgewalt des Gatten unter. Es mag vorgekommen seyn, daß der Mann seiner Ehefrau Besitzthum zu eigner Verfügung *peculii nomine* überließ (*Plaut. Casina 2, 2, 26*), und es liegt nahe zu denken, daß hierzu oft ein Theil des Eingebrachten verwendet wurde. Allein das kann selbstverständlich nicht der Ausgangspunkt der Dotalentwicklung gewesen seyn. Vielleicht könnte derselbe eher darin gesucht werden, daß, wenn ein Vater seine Tochter in die *manus* und ihr ein Gut mit gab, er sich oder seiner Tochter für den Fall der Ehescheidung die Rückgabe dieses Gutes ausbedang[1]: so wäre das *peculium a patre profectum* der Keim des Dotalinstituts.* Das Weib selbst konnte sich der Rückgabe nicht versichern, so lange nur Manusehen waren, aber die Ehe ohne *manus* mag eben mit Hinblick hierauf Eingang gefunden haben, indem wohlhabende *feminae sui juris*, welche Ehe eingingen, Mittel und Wege suchten, sich gegen willkürliche Scheidung des Mannes vermögensrechtlich sicher zu stellen. Fiel die *manus* hinweg, so stand der selbständigen Berechtigung der Frau zur eventuellen Rückforderung nichts im Wege. Ein ansehnliches Einbringen gab schon in der Manusehe der Frau einen Rückhalt, eine arme Frau hatte schwerern Stand und darum hieß es: *indotata* (*mulier*) *in potestate est viri* (*Plaut. Aulularia 5, 60*); es war nur eine juristische Durchführung dieses Gedankens, wenn die *manus* fiel, und das Einbringen als abgesondertes Vermögen, als *dos*, anerkannt wurde: so sprengte das Dotalinteresse die Manusehe, und das Dotalinstitut blühte auf den Ruinen der *manus* auf.

§ 780] In dem Einbringen treffen zwei Motive zusammen: das eine wendet sich an die Frau, das andere an den Mann, beider Interesse kommt in Frage. Das vom Vater herrührende Einbringen ist der Tochter Antheil am Vatergut, im Ursprung vergleichbar dem Peculium und im Verlauf gleichsam der anticipirte Erbtheil (*fr. 65. § 1. D. de rei vind. 6, 1*): darum wird noch später die *dos* dem *patrimonium* verglichen; Ulpian sagt gar: *dos ipsius filiae proprium patrimonium est* (*fr. 3. § 5. D. de minor. 4, 4*), indem er die *dos* zwischen dem *peculium profecticium* und *castrense* aufführt, und er bemerkt betreffs der *actio funeraria: aequissimum visum est Veteribus, mulieres quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari* (*fr. 16. D. de relig. 11, 7*). Anderseits erscheint dem Manne gegenüber das eheweibliche Einbringen

---

*) s. Excurse S. 305. 307. 308.

als ein Beitrag für das gemeinsame Hauswesen; diese Function erfüllte das Einbringen schon in der Zeit der Manusehe: *quum mulier viro in manum convenit, omnia, quae mulieri fuerunt, fiunt dotis nomine* (*Cic. Topic. 4, 23*);[2] aber nur außerhalb der *manus* entstand ein Bedürfniß selbständiger Regelung dieses Vermögensverhältnisses, und so begann die geschichtliche Entwicklung der *dos*.

Lange mag es Sitte gewesen seyn, daß die Frau ihr eignes Vermögen ganz als *dos* einbrachte, ein Vorbehalt blieb Ausnahme (*recepticia pecunia*): factisch entsprach dieser Zustand dem Rechtszustand der Manusehe. Erst nach und nach mag sich der Begriff der *dos* festgestellt haben gegenüber dem vorbehaltenen Sondergut der Frau.[3] Lange scheint auch die Regel festgestanden zu haben, daß die *dos* dem Manne verbleibe, wenn die Ehe aufhört: *dotis causa perpetua est* (*Paul. ad Sabinum: fr. 1. D. de jure dotium 23, 3*); auch diese Regel zeigt uns den Uebergang von dem Zustand der Manusehe in den neuen Zustand der freien Ehe,[4] der sich thatsächlich erst nach und nach von der bisherigen Gewohnheit entfernte. So lange feststand, daß die *dos* dem Ehemanne definitiv verbleibe, verschwamm und verlor sie sich in dessen Vermögen und gelangte nicht zur Bedeutung eines selbständigen Rechtsinstituts: ein solches wurde sie erst, als sie sich schied von dem etwaigen eignen Vermögen der Frau, welches der *dos* als Folie diente, und als sie unter Umständen wieder aus des Mannes Vermögen ausscheiden konnte, gegen welches sie also abgegrenzt bleiben mußte. „Ohne Dotalklage gibt es kein Dotalsystem."[5]

§ 781] Gellius (*N. A. 4, 3*) erzählt: *Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Rom. cond. nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse. Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit de Dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Sp. Carvilius divortium cum uxore fecit.* Hiernach wurde seit dem 2. Jahrh. v. Chr. in der Praxis eine Rückforderung (*rei uxoriae actio*) für den Fall der (ungehörigen) Scheidung anerkannt, und also auch ohne ausdrückliche Stipulation eine Ausnahme von der Unwiderruflichkeit des Einbringens gemacht.[6]

Auch für den Fall des Todes des Ehemanns, bez. des Gewalthabers desselben, erfuhr jener Grundsatz: *dotis causa perpetua est,* bald eine Einschränkung, nicht erst durch die *lex Julia et Papia,* wie sonst Manche — nicht durch das Prätorische Edict, wie Andere meinten,[7] sondern durch eine wahrscheinlich aus Anlaß der Bachanalischen Verschwörung vom Prätor T. Maenius rogirte und von Cato zur Steuerung des Luxus befürwortete *lex Maenia* v. J. 186 v. Chr. (568 d. St.). Dieselbe führt an Stelle des *judicium domesticum* — jenes alten agnatischen Ehescheidungsgerichts, welches jetzt im allgemeinen Sittenverfall seine ernste Unparteilichkeit verlor — das *judicium de moribus mulieris* mit gewissen *retentiones* ein (*Dion. 2, 25; l. 11. § 2. C. de repud. 5, 17*), d. h. eine dem Eigenthümer der *dos* gegen die geschiedene Ehefrau, auf gänzliche oder theilweise Zurückbehaltung der *dos* wegen

der von der Ehefrau verschuldeten Scheidung zustehende Civilklage (*Plin. H. N. XIV, 13. § 90; fr. 11. § 3. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5*), welche gegenüber der zuvorkommenden Klage auf Dos-Restitution mit der *praescriptio pro reo*: ea res agatur, si in ea re praejudicium moribus mulieris non fiat,* sicher gestellt werden konnte.[8] Außerdem aber bestimmte jenes Gesetz, daß im Fall des Todes dessen, dem die *dos* bestellt ist, der Frau bez. Wittwe das (freilich *durante matrimonio* schwebende) Rückforderungsrecht erworben seyn soll (*Epit. Liv. 46; fr. 24. § 1; fr. 66. pr. D. soluto matr. 24, 3*), und daß im Falle der Eheauflösung durch der Frau Tod nur die etwaige *profecticia dos* an den Besteller selbst, wofern dieser noch lebt, zu restituiren sei (*fr. 79. D. de jure dot. 23, 3*).[9]

Minder eingreifend war hier die *lex Julia et Papia*. Im Wesentlichen wandelte diese den Standpunkt nur insofern, als sie nicht ausschließlich die *mores mulieris* ins Auge faßte, und also die Rückforderungsfrage von der Entscheidung: *utrius culpa divortium factum sit*, abhängig machte (*Quinct. Inst. or. VII, 4. § 11*); außerdem traf sie einige abändernde Anordnungen betreffs der Retentiones (*propter liberos et propter mores*).[10]

§ 782] B. Zweck und Wesen. Bei dem allgemeinen Jagen nach Vermögen und Genuß mußte das so organisirte Institut der *Dos* in der Kaiserzeit eine wachsende Bedeutung gewinnen; das Streben nach reichen Heirathen[11] steigerte die Beträge der *dos* in allen Gesellschaftskreisen, und es ist nur der juristische Ausdruck der eminenten socialen Function der *dos*, wenn die Theorie dieselbe immer feiner und sorgfältiger entwickelte. „Die Aussicht auf eine reiche Mitgift hat zuversichtlich mehr Ehen gestiftet, als die Furcht vor den Strafen des Cölibats, und erhalten konnten die einmal bestehenden Ehen kaum durch ein stärkeres Band werden als das, welches eben die Dos bildete, die Dos, auf welche beide Ehegatten ihre Hoffnung setzten, und deren Schicksal durch den Ausgang der Ehe und theilweise durch das Vorhandenseyn der Kinder bedingt war.“[12]

Dieser Rolle im Leben war es entsprechend, daß an der Dos immer einseitiger das Moment hervortrat, dieselbe solle dem Ehemanne die Kosten des Hauswesens erleichtern und sei ein Beitrag der *socia vitae ad onera matrimonii sustinenda;* die geschichtliche Entwicklung der Dos war durch mancherlei ineinanderwirkende Momente bestimmt worden,** aber an der ausgebildeten Dos trat die Vermögenslast vorzugsweise hervor. Die Eingehung der Ehe war vorwiegend ein Geldgeschäft; die Ehe, völlig losgerissen von dem sacralen Untergrunde, war nun auf das Vermögensinteresse gestellt, die *dos* an die Stelle der *sacra* getreten. Im Volke erkannte man am Dotalinstrument die ächte Ehe und unterschied sie danach vom Concubinat.

§ 783] Dieser socialökonomischen Rolle mußte die juristische Ge-

*) s. oben Cursus § 239. **) Vergl. den Excurs zu diesem Kapitel.

staltung angemessen seyn, d. h. die Dos mußte als ein eigner Vermögenskreis erkannt werden. Die Dos hatte ja ihren specifischen Lebenszweck zu erfüllen, wie sie unter besonderen Rechtstiteln entstand, und sie erfuhr ein Schicksal, in welchem sie sich vom Privatvermögen des Mannes, wie der Frau, karakteristisch unterschied. So gewissermaßen zwischen und über beiden Privatsphären der Betheiligten schwebend, mußte sie die Idee eines selbständigen Vermögensganzen in sich aufnehmen. Die Dos wird zu einer Varietät des im *patrimonium* (*bona*) ausgeprägten civilistischen Grundbegriffs.

Diese Idee lag schon in dem alten Ausdruck *res uxoria* vor, welcher, in Parallele gestellt zu *res publica, familiaris* und *pupillaris,* offenbar eine ganze Sphäre, nicht einzelne Rechte, bezeichnet. Diese Idee überkam eigentlich die spätere freie Ehe schon aus den Fällen der Manusehe, wo eine *femina sui juris* ihr Vermögen in die Ehe einbrachte, bez. wo eine *filiafamilias* ein *peculium* hatte und in die Ehe mit herübernehmen durfte. Wir finden aber, daß auch später die *dos* mit dem *peculium* verglichen wurde, und *peculium* war der Vermögenskreis einer abhängigen Person. Selbst als *patrimonium* (*filiae, mulieris*) wurde die *dos* oft bezeichnet, und damit in unverkennbarer Weise ihr Karakter als der einer *universitas bonorum* angedeutet.

Sachliche Argumente für diese Auffassung liegen zunächst in dem alten Rechtssatze, daß der Gesammtbetrag der widerruflichen Dos *ipso jure* verringert werde durch gewisse Abzüge, welche der Restitutionspflichtige machen dürfe: wie Schulden auf einem Vermögensganzen, lasten diese Abzüge auf der *dos*, und es ist von derselben zu sagen: *dos non intelligitur nisi deductis impensis et retentionibus* (*fr. 56. § 3. D. de jure dot. 23, 3; fr. 5. pr. D. de impens. in res dot. factis 25, 1*): was keineswegs bloß das Verhältniß von Forderung und Gegenforderung ist (*fr. 5. D. de dote praeleg. 33, 4*), sondern ausdrückt, daß die *dos* ein *juris nomen* ist, welches *pecunia et fundus* begreift („*in dote*“: *fr. 56. cit.*).[13] Derselbe Gedanke liegt in dem von Julian und Ulpian angeführten, sicher gleichfalls alten Satze: *impensa funeris aes alienum dotis est* (*fr. 18. 19. D. de relig. 11, 7*). Sodann ist zu betonen, daß im Umkreis der Dos Veränderungen, welche deren Naturalbestand betreffen, vor sich gehen können, gerade wie in einem anderen Vermögensganzen: „wie die Dos in Folge von *impensae necessariae* und anderen Umständen kleiner seyn kann, als die Summe dieser einzelnen Objecte, so kann sie anderseits wohl auch durch Früchte, Accessionen u. s. w. über diese Summe hinaus vergrößert werden: *dos crescit,* und zwar haben diese Accessionen nicht die Bedeutung von Nebensachen (*causa rei*), wie etwa die Verzugszinsen, sondern sie treten vollkommen selbständig neben die ursprünglichen Dotalobjecte, so daß sie möglicherweise den einzigen Gegenstand der Dotalobligation und Dotalklage bilden können“ (*fr. 21. § 4. D. sol. matr. 24, 3*). „Die Dotalobjecte haben Assimilirungskraft; darum bilden sie keine Summen, sondern ein Ganzes, und diese *universitas* besteht natürlich dem Begriffe und

der Möglichkeit nach auch dann, wenn nur ein Dotalobject vorhanden ist." [14] Wie ein *patrimonium* schmilzt und wächst, so unterliegt die *dos* der Decrescenz und Crescenz und zwar der Art, daß sogar eine Veränderung des gesammten Bestandes eintreten kann (*fr. 26. D. de jure dot. 23, 3*), [15] und demgemäß ist es nicht Zufall, sondern Consequenz, wenn die Dos von Ulpian eine *universitas* (*sc. bonorum*) genannt wird (*fr. 1. § 4. D. de dote praeleg. 33, 4*). In diesem Ausdruck gipfelt die Theorie der Dos.

§ 784] Dos im Römischen Sinn ist die von der Seite der Frau herkommende Gabe, welche eine Beisteuer zu den Kosten des gemeinsamen Hauswesens bezweckt. Solche Beisteuer verdient begünstigt zu werden, weil sie Eheschließungen befördert, und es billig ist, dem Manne die sonst ihn allein treffende Vermögenslast der Ehe zu erleichtern: *In ambiguis pro dotibus respondere melius est* (*Paul. fr. 85. pr. D. de R. J.*). *Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* (*Paul. fr. 2. D. de jure dot. 23, 3*). *Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit; quum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum fructus percipere* (*Ulp. fr. 7. pr. eod.*). Jene Begriffsbestimmung läßt sich in folgende Sätze auflösen:

1) Die Dos ist eine Gabe, welche zwar nicht nothwendig, und nicht einmal gewöhnlich, von der Frau selbst, aber doch immer im Namen der Frau und mit Hinblick auf ihre Person (*pro muliere, nomine mulieris*) in die Ehe gewährt wird: *si mulieris nomine quis fundum in dotem dederit, dotalis fundus erit; propter uxorem enim videtur is fundus ad maritum pervenisse* (*Paul. fr. 14. § 1. D. de fundo dotali 23, 5*).

§ 785] 2) Die Dos soll dem Zweck der Ehe durch Suppeditirung ökonomischer Subsistenzmittel für dieselbe (Haushalt und Kindererziehung) dienen; *dos matrimonio cohaerens oneribus ejus ac liberis communibus confertur* (*Pap. fr. 16. pr. D. de castr. pecul. 49, 17*; dazu *fr. 76. D. de jure dot. 23, 3* und *fr. 21. § 1. D. de don. i. V. et U. 24, 1*). Hieraus folgt: a) die Dos hat eine wirkliche Ehe zur Voraussetzung (*nulla dos sine matrimonio*): *dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est* (*Ulp. fr. 3. D. de J. D. 23, 3*); daher leiden die für die Dos aufgestellten Bestimmungen, z. B. die besondere Rückforderungsklage, auf diejenigen Gaben, welche in Erwartung nachfolgender Ehe gewährt sind, in deren Unterbleibungs- oder Ungültigkeitsfalle keine Anwendung: *si forte nuptiae non sequantur, siquidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debebit misso nuntio; si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit* (*Ulp. fr. 7. § 3. eod.*). — b) Der Genuß der Dos gebührt dem, welchem die Ausgaben obliegen, d. h. dem Ehemanne selbst, bez. dessen Gewalthaber (*ibi dos, ubi onera*): *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt; post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur* (*Paul. fr. 56. § 1. 2. eod.*). — c) Die Dos soll dem Ehemann die Lasten erleichtern, nicht

sein Vermögen bereichern, darum fällt sie nicht unter den Begriff der reinen Schenkung und ist frei von den Schenkungsschranken (*dos non est donatio*): *si uxor viro dotem promiserit, et dotis usuras, sine dubio dicendum est, peti usuras posse, quia non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur* (*Ulp. fr. 21. § 1. D. de don. i. V. et U. 24, 1*).

§ 786] 3) So dient die Dos der Frau und dem Manne zugleich, die in der Ehe auch mit den Vermögensinteressen verbunden sind. Der Mann ist befugt, die Dotalgegenstände zu nutzen und allen wirthschaftlichen Vortheil von denselben zu ziehen, ja über ihre Substanz zu verfügen und sie zu veräußern. Nur ward ihm durch die *lex Julia* (*de fundo dotali*) untersagt, Dotalgrundstücke ohne Zustimmung der Ehefrau zu veräußern (*Gai. 2, 63; l. un. C. de rei uxor. act. 5, 13*): eine solche Veräußerung war ungültig (*fr. 42. D. de usurpat. 41, 3*). Bestritten blieb die Anwendung dieses Verbots auf Provinzialgrundstücke, welche erst von Justinian ausdrücklich anerkannt wurde (*pr. J. quib. alienare licet 2, 8*).

Allein der Mann hat betreffs der Dos immer das Interesse der Ehefrau im Auge zu behalten, indem diese nicht bloß an der wirthschaftlichen Blüte des Hausstands interessirt ist, sondern auch Anwartschaft auf die Dos selbst hat, welche in gewissen Fällen der Eheauflösung an die Frau zurückfällt. Demgemäß hat der Mann in der Verwaltung und Verwendung der Mitgift für *culpa in concreto** einzustehen (*fr. 17. pr. D. de jure dot. 23, 3*); die Ehefrau kann nöthigenfalls Sicherheitsleistung fordern (*fr. 22. § 8. D. sol. matr. 24, 3*).

Sonach scheint die Dos sowohl dem Ehemanne (bez. dessen Gewalthaber), als der Ehefrau zu gehören; zunächst steht der Erstere als der Eigenthümer der Sachen, als das Subject der Forderungsrechte (als Gläubiger oder Cessionar) da: *fiunt res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur* (*Ulp. fr. 7. § 3. D. de J. D.*); aber die Frau ist es, auf welche die Dos in der Gestalt der künftigen Rückforderungsklage hinblickt: *mulieris dos est* (*Paul. fr. 71. D. de eviction. 21, 2*); *si praediis inaestimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet; si aliquid decessit, mulieris damnum est* (*Ulp. fr. 10. § 1. D. de J. D.*). Beide Seiten des Dotalverhältnisses werden von Tryphonin in dem Satze zusammengefaßt: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* (*fr. 75. D. eod.*).**

§ 787] C. Bestellung. 1) Rücksichtlich der Herkunft der Dos wird unterschieden: a) *dos profecticia,* d. h. die vom Vater oder Großvater der Frau (*„parentis nomine“*) aus dessen eignem Vermögen (*„de bonis vel facto ipsius“*) herrührende (*fr. 5. pr. D. de J. D.*); als solche muß auch die für eine emancipirte Tochter bestellte Dos gelten, denn *non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit* (*Ulp. fr. 5. § 11. D. eod.*). b) *Dos adventicia,* d. h. *quae a quovis alio data*

---

*) s. oben Cursus § 614 sub b). **) s. Excurse S. 307.

est (*fr. 6. § 3. D. eod.*), also z. B. von der Frau selbst, oder einem Seitenverwandten oder *extraneus;* hat ein solcher Besteller sich die Rückgabe der Dos für den Fall der Eheauflösung vorbehalten, so heißt die Dos *recepticia* (*fr. 31. § 2. D. de mort. c. don. 39, 6; Ulp. 6, 5*).

2) Rücksichtlich der Bestellungspflicht wird unterschieden a) *dos necessaria,* d. h. die namentlich vom Vater seiner Tochter *pro modo facultatium et dignitate* zu leistende Dos* zufolge der *lex Julia cap. 35* und einer Constitution des Severus Alexander (*fr. 19. D. de ritu nupt. 23, 2; fr. 69. § 4. 5. D. de J. D.*); b) *dos voluntaria,* jede von einem Anderen, also freiwillig bestellte Dos.

3) Das Dotalverhältniß ist begründet (*dos constituta*), sobald des Mannes Vermögen unter dem Titel der Dosbestellung einen Zuwachs erfahren hat: entweder also durch *datio,* d. h. Uebertragung von Dotalsachen in des Mannes Eigenthum, oder durch *promissio,* d. h. Gewährung eines Forderungsrechts auf Leistung eines Vermögenswerthes (*dotis dictio*** oder gewöhnliche *stipulatio: Ulp. fragm. 6, 1; fr. 4. § 2. D. de pact. 2, 14*); letzternfalls ist die Uebereignung der versprochnen Sachen nicht Bestellung (*constitutio*), sondern Vollziehung der bestellten Dos und Erfüllung einer gewöhnlichen Schuld (*numeratio,* s. g. Illation, Realillation).

Rücksichtlich nichtvertretbarer Sachen war es für zweckmäßig gehalten, bei der Uebergabe eine Abschätzung vorzunehmen, damit für den Fall dereinstiger Rückgabe aller Streit über etwaiges Schädenmaß abgeschnitten sei (*aestimatio taxationis causa*); es konnte dabei aber auch die weitere Absicht seyn, daß die Restitutionspflicht geradezu nur auf den Taxwerth in Geld gehen und folglich dem Mann das *periculum rei* zufallen solle (*aestimatio venditionis causa: fr. 10. § 4. 5; fr. 69. § 7. D. de J. D.*).

§ 788] D. Schicksal der Dos nach Beendigung der Ehe. Im Wesen der Dos liegt zwar, daß sie das Zustandekommen einer (wirklichen und gültigen) Ehe voraussetzt, aber nicht, daß sie mit Beendigung derselben von selbst und nothwendig dem Manne oder dessen Erben verloren gehen, an die Frau oder deren Erben fallen müsse. Dennoch neigt sich das classische Recht der Kaiserzeit dazu, die Dos mehr auf die Frau als auf den Mann zu beziehen; es erkennt demgemäß der Frau, welche die Ehe überlebt, immer die Dos zu, und legt dem Manne, bez. dessen Erben, eine Restitutionsverbindlichkeit auf. Allein das Recht hat diese Verbindlichkeit, da doch in der Dos die höhere Idee der Ehe lebt, nicht als eine gemeine Obligatio aufgefaßt, vielmehr unterscheidet sich von einer solchen die dotale Restitutionsverbindlichkeit darin, 1) daß sie nicht, wie eine Obligatio aus Realcontract, schon auf Grund der *dotis constitutio* während der Ehe begründet und (etwa als schwebende Obligatio) wirksam ist, vielmehr erst auf Grund der Endschaft der Ehe entstehend gedacht wird, daher

---

*) s. oben Cursus § 739 sub bb). **) s. oben Cursus § 623 sub 4).

eine Restitution während der Ehe als ein vorzeitiger Act den Mann nicht von der künftigen Restitutionspflicht entbinden kann;[16] 2) daß das Rückforderungsrecht der Frau nur durch eine ausdrückliche Erklärung derselben erworben wird, und daher die Dotalklage ihren Erben nur, wenn sie selbst diese bereits erworben hat, zusteht[17] (*Ulp. 6, 7; fragm. Vatic. § 112*); 3) daß diese Klage, nämlich die *actio rei uxoriae*, eine *in bonum et aequum concepta* (*Gai. fr. 8. D. de cap. min. 4, 4*) ist, daher unter besonderer Beachtung der moralischen Seite des einzelnen Falls durchgeführt werden,[18] und den Einflüssen des Civilrechts, z. B. der *capitis diminutio*, nicht unterworfen seyn soll.

Neben dieser Dotalklage wird von den Römischen Juristen auch die *actio ex stipulatu* erwähnt. Dieselbe griff Platz, wenn der Besteller sich die eventuelle Rückgabe der Dos ausdrücklich stipulirt hatte. Eine solche Stipulation wählte etwa der *extraneus*, welcher sich selbst die Rückforderung der *dos* (*recepticia: Ulp. 6, 5; fr. 7. 20. § 1. D. de pact. dotal. 23, 4; fr. 31. § 2. D. de m. c. don. 39, 6*) vorbehalten wollte, oder auch die Frau selbst, wenn sie das Dotalverhältniß modificiren und sich nicht mit bloßem Nebenvertrag (*pacta dotalia*) begnügen wollte. Das eigentliche Dotalrecht war solchenfalls ausgeschlossen.[19]

§ 789] Zur eigentlichen Dotalklage (*actio rei uxoriae, actio dotis s. de dote*) ist, wenn die Ehe durch Tod des Mannes oder durch Scheidung endigt, die Frau, bez. der Gewalthaber derselben im Einvernehmen mit ihr, berechtigt: *si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, i. e. dotis repetitionem; quodsi in potestate patris sit, pater adjuncta filiae persona habet actionem* (*Ulp. fragm. 6, 6*; dazu *fr. 2. § 1. 2. D. soluto matr. 24, 2*). War der Wittwe im ehemännlichen Testament Etwas zugewendet, so galt dessen Annahme als Verzicht auf die Rückforderung der Dos: zufolge des prätorischen *Edictum de alterutro* (*l. 7. C. Theod. de test. 4, 4*). Endigt aber die Ehe durch der Frau Tod, so verbleibt die Dos dem Manne, und nur auf *dos profecticia* soll nach classischem Recht der Vater Anspruch machen können: *jure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta: ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret* (*Pomp. fr. 6. pr. D. de jure dot. 23, 3*; dazu *fr. 10. pr. D. sol. matr. 24, 2; Ulp. 6, 4*).

Das Restitutionsobject bilden die Dotalobjecte selbst, welche nicht fungibler Art sind, und sofern sie nicht *venditionis causa* taxirt sind (*fr. 10. pr. D. de jure dot. 23, 3*).

§ 790] Der ganz besondere Billigkeitskarakter der *actio rei uxoriae* (s. oben § 788, sub 3) zeigt sich, seitdem sie nicht mehr eine schlechthin auf das *quod aequius melius* gestellte ist, hauptsächlich noch in folgenden Punkten: a) dem Manne steht das *beneficium competentiae* als nicht zu verkümmerndes Recht zu (*fr. 12—14. 18. pr. D. sol. matr. 24, 3*); b) er braucht, was nicht *in specie* zu leisten ist, d. h. die vertretbaren Bestandtheile der Dos, nicht sofort, sondern nur in billigen Fristen,

nämlich in drei Jahresterminen (*annua, bima, trima die: Ulp. 6, 8*) zu leisten; übrigens gilt: *de die reddendae dotis hoc juris est, ut liceat pacisci, qua die reddatur, dum ne mulieris deterior conditio fiet* (*Paul. fr. 14. D. de pact. dotal. 23, 4*); hat der Mann durch seine Aufführung (*mores*) Grund zur Scheidung gegeben, so fällt jene Befristung hinweg (*Ulp. 6, 13*); c) der Mann kann bei der Rückgabe gewisse Abzüge (*deductiones s. retentiones ex dote: Ulp. 6, 9*) machen.

„Gemeinsam ist diesen *retentiones*, daß sie alle wie die Dotalforderung in dem ehelichen Verhältniß ihre Veranlassung haben, im Einzelnen sind sie verschieden. Die *retentiones propter liberos* und die *propter mores* haben ihren Grund in Vergehen der Frau und eine gewisse Aehnlichkeit mit Pönalklagen; bei den anderen dagegen tritt das vermögensrechtliche Element stärker hervor, es liegen hier wahre Gegenansprüche zu Grunde, welche aber nur zum Abzuge, nicht zur Klage berechtigen. Die Abzugsrechte der ersten Art bezeichnen die Römer als solche, *quae ad morum coërcitionem*, die der letzteren als solche, *quae ad pecuniariam causam respiciunt*; erstere gehen mit dem Tode des Mannes unter, letztere stehen auch den Erben zu" (*Paul. fr. 15. D. sol. matr. 24, 3*).[20]

Retentiones ex dote fiunt[21]: aa) *propter mores*, d. h. wegen Schuld der Ehefrau darf der Mann im Fall Ehebruchs (*mores graviores*) ein Sechstel, im Fall anderer Vergehungen (*mores leviores*) ein Achtel abziehen (*Ulp. 6, 12*); bb) *propter liberos*, d. h. die Abzugsquote vergrößert sich im Fall des Vorhandenseyns von Kindern aus dieser Ehe, so daß für jedes Kind ein Sechstel, doch nicht über die Hälfte der Dos, zurückbehalten werden darf (*Cic. Top. 4, 19. 20*). Dasselbe gilt, wenn der Frau Vater die Scheidung verschuldet hat.

cc) *Propter impensas* und zwar nicht bloß *necessarias* (*quibus ipso jure dos minuitur**), sondern auch *utiles* (*fr. 18. pr. D. de fundo dot. 23, 5; fr. 8. D. de imp. in res dot. factis 25, 1*); dd) *propter res donatas*, falls der Mann nicht vorzieht, die der Ehefrau gemachten Schenkungen mittels *vindicatio* oder *condictio* zurückzufordern (*fr. 7. § 5. D. sol. matr. 24, 3*); ee) *propter res amotas*, falls der Mann nicht vorzieht, die entwendeten Sachen mit der *actio rerum amotarum* einzuklagen (*fr. 8. D. de act. rer. am. 25, 2*).

Außerdem darf der Mann, abgesehen von Verschulden der Frau, wenn deren Vater die *dos profecticia* zurückfordert, diesem gegenüber uneingeschränkt für jedes Kind ein Fünftel abziehen (*Ulp. 6, 4; fragm. Vat. § 108*).

§ **791**] E. Die vermögensrechtliche Stellung der Ehefrau ist (abgesehen von der Manusehe) eine völlig freie und selbständige, sofern sie *femina sui juris* ist. So sehr auch die Stellung des Ehemanns nach Römischem Dotalsystem eine vorwiegende ist, so absorbirt sie doch nicht die Vermögenssphäre der Frau. Diese kann für sich zu

---

*) s. oben Cursus § 783.

Eigen erwerben, und hat, was sie von ihrem Vermögen nicht *in dotem* gibt, als ihr Sondergut (*parapherna*, Paraphernalgut), sei es, daß sie es auch selbst verwaltet* oder ihrem Gatten zur Verwaltung überträgt (*fr. 9. § 3. D. de jure dot. 23, 3*). Freilich was die Frau während der Ehe erwirbt, wird im Zweifel als vom Manne kommend und daher diesem gehörig erachtet (s. g. *praesumtio Muciana*): *Q. Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit: et verius et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro ad eam pervenisse; evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Q. Mucius probasse* (*Pomp. fr. 51. D. de don. i. V. et U. 24, 1*).

In Gemäßheit jener Vermögensstellung können die Ehegatten auch Contracte unter einander vollgültig eingehen, wovon nur Eine Ausnahme gemacht ist: Schenkungen während der Ehe (*donationes inter virum et uxorem*) waren nach Gewohnheitsrecht, das schon in den letzten Jahrhunderten der Republik ausgebildet war, ungültig, *ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (*Ulp. fr. 1. D. eod.*). Doch convalesciren sie, wenn der Schenker vor dem Schenknehmer stirbt, ohne revocirt zu haben, zufolge einer *Oratio Caracallae* (*a. 206: fr. 32. pr. § 2. eod.*).[22]

Ebenso entspricht es jener Stellung, daß Entwendungen unter Ehegatten als Eingriffe in eine fremde Vermögenssphäre gelten und daher eine Klage erzeugen; allein das Eheband verlangt eine zartere Behandlung. *Rerum amotarum judicium singulare introductum est, adversus eam, quae uxor fuit; quia non placuit, cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret; aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure: in qua sententia et Julianus rectissime est* (*Paul.*) — *nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur* (*Gai.*): *fr. 1. 2. D. de act. rer. am. 25, 2.* Diese auch anderseits der Frau zustehende *actio rerum amotarum* ist also der Ausdruck eines juristischen Euphemismus. Doch setzt dieselbe voraus, daß die Entwendung im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung geschehen und diese wirklich erfolgt sei: eine solche Entwendung kommt dem eigentlichen Diebstahl sehr nahe. Außerdem hat der bestohlene Gatte die *vindicatio* oder *condictio sine causa* anzustellen (*fr. 24. 25. eod.*).

Literatur: 1) Von einer *stipulatio post mortem mariti* geht Hasse Güterrecht d. Ehegatten nach R. R. Bd. I. (Berl. 1824) S. 219 ff. aus. — 2) Bechmann d. Röm. Dotalrecht I. (Erlang. 1863) S. 40. — 3) Ders. S. 44. — 4) Ders. S. 17 bis 22. 52. Voigt die *lex Maenia de dote* (Weimar 1866) S. 34. — 5) Bechmann S. 47. — 6) Ders. S. 59. 69. 72. Ausführlicher Voigt S. 2. 25. 38. Dazu Kuntze i. d. Münchner krit. Vierteljahrsschrift IX (1867) S. 531. — 7) Bechmann S. 60. Dazu Voigt S. 59. Anm. 95. — 8) Vergl. Glück Commentar Thl. XXV. S. 344 ff. Wächter Ueb. Ehescheidungen bei den Römern (Stuttg. 1822)

*) Von Neueren wird dies speciell *bona recepticia* genannt (s. Gell. 17, 6) — wohl zu unterscheiden von der *dos recepticia* (s. § 788).

S. 169 ff. v. Keller Institut. S. 186 ff. Bechmann S. 87. u. namentlich Voigt S. 41—52. — 9) Voigt S. 58—67. Ueber vermuthliche weitere Bestimmungen d. *lex Maenia* vergl. dens. S. 62. 67. 70. 79. — 10) Ders. S. 46. 52. Bechmann S. 93. — 11) Voigt S. 89. — 12) Bechmann I. S. 109. — 13) Dernburg Gesch. u. Theorie d. Compensation nach Röm. u. neuem R. (2. Aufl. Heidelb. 1868) S. 112. 140. 161. Bechmann Bd. II. (1867) S 180. Ihering Geist d. R. R. III. S. 69. Dazu vergl. Hasse im Arch. f. civ. Prax. V. S. 1 ff. u. Mühlenbruch ebendas. XVII. S. 321 ff. — 15) Dernburg S. 112. — 16) Bechmann I. S. 171 ff. — 17) Ders. I. S. 80 ff. — 18) Ders. I. S. 75. Voigt S. 31. 45. Kuntze a. a. O. S. 532. 533. Dazu Dernburg S. 103 ff. — 19) Bechmann I. S. 115—9. II. S. 344—356. 378—394. — 20) Dernburg S. 142 ff. Dazu Bechmann I. S. 86. — 21) Dernburg S. 126—157. Bechmann I. S. 86—102. II. S. 257—7. 326 bis 342. 381—3. Voigt S. 46—52. — 22) Kuntze a. a. O. S. 534. Dazu Marquardt Röm. Alterth. II. 3. S. 220. u. Lange Röm. Alterth. II. S. 335.

XLVIII. Kapitel.

IV. Manus fiduciaria und concubinatus.

§ 792] A. Scheinheirath (*manus fiduciaria*). In der freien Ehe sehen wir, wie das *matrimonium* sich von der *manus* ablöst und selbständig gestaltet: es ist gleichsam der Revers zu diesem Bilde, daß auch die *manus* sich nun zu einem selbständigen Rechtsinstitut formirt und zu besonderen Zwecken gebrauchen läßt. So erscheint sie theils als absterbende Gestalt wahrer Ehe, theils als bloße Maske in der vorübergehenden Action eines juristischen Schauspiels.

Wie es im Güterrecht vorkam, daß ein Römer zur Erreichung irgend welchen besonderen Zwecks sein Gut einem anderen mancipirte und sich die Remancipation durch ein *pactum fiduciae* sicherte (*Cic. de off. 3, 15; Boëth.* in *Cic. Top. 10; Gai. 2, 60*): so gewöhnte man sich auch daran, die Mancipation in Anwendung auf Personen als Mittel zu besonderen Zwecken zu benutzen. Namentlich war eine solche Mancipation *sub fiducia* regelmäßiges Mittel der Emancipation;* aber auch die *manus* mußte sich gefallen lassen, Mittel zum Zweck zu werden. Dies ist der Fall bei der *coëmtio fiduciaria*, zu welcher die *coëmtio interimendorum sacrorum causa* den geschichtlichen Uebergang bildete.[1]

Aus Cicero (*pro Murena 12*) sehen wir, daß *feminae sui juris*, welche der Last der Familiensacra ledig seyn wollten, den Ausweg einschlugen, eine Manusehe mit einem alten Herrn, welcher dem Grabe nahe keine Dauer des Ehejochs befürchten ließ, einzugehen: durch die *coëmtio* erloschen nothwendig die Familiensacra. So wurde die Frau von den *sacra* und bald auch vom Manne frei. Offenbar war schon hier die Manus keine aufrichtige Ehe und vielmehr ein frivoles Befreiungsmittel, doch galt das Verhältniß formell noch als Ehe. Aber auch diese formale Geltung fiel hinweg bei der *coëmtio fiduciae causa*, von welcher Gaius (*1, 114*) zu erzählen weiß.

---

*) s. oben Cursus § 755.

§ 793] Zwei Anwendungen der *coëmtio fiduciaria* werden genannt: eine ältere seit Hadrian beseitigte (*coëmtio testamenti faciendi causa*) und eine noch zu Gaius' Zeit in Flor stehende (*c. tutelae evitandae causa*). Durch beide wurde eine Ehe weder bezweckt, noch bewirkt, sie bilden daher geradezu einen Gegensatz zur *coëmtio matrimonii causa facta.*

1) *Testamenti faciendi causa* geschah die Coemtion ehedem, um der Frau die Fähigkeit der Testamentserrichtung zu verschaffen; diese war den Frauenspersonen überhaupt (auch den *feminae sui juris*) versagt gewesen, wahrscheinlich um das Schicksal eines ganzen Vermögens dem Spiel weiblicher Launen gänzlich zu entrücken: dann sollte die Solennität der Coemtions-Handlung wenigstens eine Controle verschaffen.[2] Auch diese Controle aber ward endlich durch ein *Sctum ex auctoritate Hadriani* für überflüssig erklärt (*Gai. 1, 115a*), und es blieb seitdem als Schranke nur das Erforderniß der *auctoritatis interpositio* übrig, die aber, ausgenommen vom *patronus* und *parens manumissor*, nicht mehr verweigert werden konnte* (*Gai. 1, 192; 2, 118. 122; 3, 43*).

2) *Tutelae evitandae causa* geschah die Coemtion, wenn die Frau den Tutor zu wechseln wünschte; sie ging dann unter Beitritt des bisherigen Tutor mit einem Anderen (dem *coëmtionator*) Coemtion ein, um durch Remancipation und Manumission den, welchen sie wollte, zum Tutor zu erhalten (*Gai. 1, 115*).[3]

Gewöhnlich mag eine solche Coemtion mit irgend einem befreundeten *extraneus* eingegangen worden seyn, doch konnte sie, wenn die Frau verheirathet war, aber nicht in Manusehe stand, auch mit dem Gatten selbst geschehen (*aut cum extraneo, aut cum viro suo*). „Die *coëmtio fiduciae causa facta cum extraneo* bewirkte keinen Uebergang des Frauenvermögens, sie begründete nur *dicis causa* eine Manus, welche dem Coemtionator kein anderes Recht verlieh, als die Frau einem Dritten zu mancipiren und sie dadurch auch nur in eine *imaginaria servilis conditio* zu versetzen. Nur wenn die *fiduciaria coëmtio* mit dem Ehemann selbst eingegangen wurde, oder wenn auf die Eingehung derselben die Ehe mit dem Coemtionator folgte, wurde die wahre Manus mit ihren Folgen begründet"[4] (*Gai. 115b.*). Diese Spielart der Manus war wohl der Sand, in welchem die Geschlechtstutel endlich sich überhaupt verlief.

Die dabei beobachtete Procedur bestand, wie bei der *emancipatio*, mit welcher sie überhaupt theilweise verglichen werden kann, aus drei Handlungen: a) die einleitende Mancipationshandlung der *coëmtio* selbst (*dicis causa*); b) die *remancipatio* durch den Coemtionator an einen Dritten und c) die schließliche *manumissio ex quasi mancipio* (*Gai. 1, 115a*).

§ 794] B. Mißheirath. Puritåt der Geschlechtssacra und dann Reinhaltung des Bürgerbluts machte die Römer äußerst empfind-

*) s. oben Cursus § 425.

lich gegen das Aufkommen von Mischehen; wie einst die Ehen von Patriciern mit Plebejerinnen, so galten später die Ehen zwischen *ingenui* und *libertinae* als *nuptiae indecorae*, und die Ehen mit Peregrinen, wo nicht ein völkerrechtliches Band des *conubium* vorlag, gleichfalls nicht als Vollehen. Zwar wandelte sich in der Kaiserzeit diese Empfindlichkeit, und das Papische Treibhaussystem begünstigte jede Eheverbindung eines Römers, insoweit nicht Bigamie oder Incest in Frage kam; allein für den Senatorenstand der Kaiserzeit wiederholte sich der Standpunkt nationalvornehmer Exclusivität insofern, als durch die *lex Julia de maritandis ordinibus* senatorischen Personen die Verehelichung mit Personen des Libertinenstandes, allen Freigebornen die Ehe mit Personen des Schauspielgewerbes, Lohndirnen und sonst Ehrlosen untersagt, d. h. einer solchen Ehe gewisse vermögensrechtliche Privilegien einer Römischen Vollehe versagt wurden (*Ulp. 13, 1. 2; 16, 2; fr. 44. pr. § 1. 2. D. de ritu nupt. 23, 2*). Erst zufolge einer *Oratio divi Marci* galten solche Ehen der Senatoren geradezu als nichtig (*fr. 16. D. de sponsal. 23, 1; fr. 16. pr. D. de ritu nupt. 23, 2*).[5]

Zwar wurde auch in derartigen Fällen ebenso, wie in Ansehung des Eheverbots zwischen Provinzialmagistraten und Provinzialinnen, noch unterschieden, ob der Wille einer Eheschließung vorgelegen, oder nur ein Concubinat beabsichtigt war, und es ward ersternfalls die Schenkungsschranke für Ehegatten angewendet (*fr. 3. § 1. D. de don. int. V. et U. 24, 1*): doch mag in allen solchen Fällen sehr gewöhnlich eben nur ein Concubinat eingegangen worden seyn (*fr. 3. pr. fr. 5. D. de concubinis 25, 7*).

§ 795] Concubinat galt längst als eine Art Surrogat der wahren Ehe. Es war *contra bonos mores*, wenn der Mann sich neben seiner Gattin ein Kebsweib (*pellex*)* hielt (*fr. 121. § 1. D. de V. O. 45, 1*): insofern kann man sagen, trug das Concubinat den Karakter der Ausschließlichkeit. Aber auch darin ähnelte es der wahren Ehe, daß es ein auf Dauer berechnetes (und also wesentlich vom *stuprum* verschiedenes) Geschlechtsverhältniß war. Concubinat war gleich der Ehe eine Geschlechtsverbindung und mag in der Römischen Sitte immer schon die Rolle einer Mißheirath gespielt haben, d. h. einer Geschlechtsverbindung, welche zwar der Römischen Wirkungen einer Bürgerehe, aber doch nicht der allgemeinen Gesellschaftsehre ermangelte.

Infolge der Festsetzungen der *lex Julia et Papia Poppaea* wurde dem Concubinat eine noch bestimmtere Stelle im bürgerlichen Leben zu Theil (*per leges nomen assumsit: Marcian fr. 3. § 1. D. 25, 7.*): man konnte es seitdem die auf bloßem *jus naturale* ruhende Eheverbindung nennen. Das war der tiefere Gedanke bei der neuen Sanctionirung des Concubinats; für den Nationalrömer stand freilich immer im Vordergrunde der Gedanke an Römisches Blut und an Mehrung der Bürgerschaft durch ächte Bürgerehe, als welche das Concubinat nicht galt.

---

*) Vergl. Excurse S. 78. sub „Numa“.

Die ächte Ehe sollte ein Haus gründen, eine ebenbürtige Nachkommenschaft zeugen und den Römischen Namen aufrecht halten (*Callistr. fr. 220. § 3. D. de V. S.* und *Theoph. paraphr. ad pr. J. de jure natur. 1, 2*); wo dieser Plan nicht Platz griff, konnte nur von Concubinat die Rede seyn: *concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet* (*Paul. fr. 4. D. de concub. 25, 7*); aber es war damit nicht ausgeschlossen, daß die Verbindung aus wahrer Liebe hervorgegangen und ernstlich für Lebenszeit gemeint war.

Zwar für eine ehrbare freie Frauensperson war es nicht anständig, ein bloßes Concubinat einzugehen (*fr. 24. D. de ritu nupt. 23, 2*), das war namentlich Sache von *libertinae*, Sklavinnen und Bescholtenen; auch ward es nicht als *adulterium* bestraft, wenn neben dem *matrimonium* ein Concubinat geschlossen ward (*fr. 3. § 1. D. de concub. 25, 7*): aber in manchen Punkten ward das Concubinat nach Analogie einer ordentlichen Ehe behandelt,[6] z. B. für die *concubina* ein Alter von mindestens 12 Jahren gefordert (*fr. 1. § 4. eod.*); Paulus (*Sent. rec. 2, 20*) sprach geradezu aus: *Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest; concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur;* und wenn auch Papinian das Kriterium in den *maritalis honor et affectio* (*fr. 31. pr. D. de donat. 39, 5*), und Ulpian in die *dignitas* setzt (*fr. 49. § 4. D. de legat. III.*): so erklärt doch anderseits Ulpian es unter Umständen gerade für eine Sache des Anstands, statt Ehe ein Concubinat einzugehen: *honestius est patrono, libertam concubinam, quam matremfamilias habere* (*fr. 1. pr. D. de conc. 25, 7*), und die *liberta concubina* büßte ihre Ehre nicht ein: *matronae nomen non amittit, quae patroni concubina est* (*Ulp. fr. 13. pr. D. ad leg. Jul. de ad. coërc. 48, 5*).

Literatur: 1) Karlowa d. Formen d. Röm. Ehe u. *manus* (Bonn 1868) S. 83. 88. 90. Einigermaßen abweichend v. Savigny Verm. Schriften I. S. 201 ff. u. bez. Ihering Geist d. R. R. III. S. 266. Dazu Huschke Studien d. R. R. (Bresl. 1830) S. 147. Ueber die Plautinischen *Senes coëmtionales* s. Ihering III. S. 268. u. Karlowa Anm. 205. — 2) Aehnlich, doch mit anderer Motivirung, v. Savigny S. 285 ff. u. v. Keller Institut. S. 261. Bedenken gegen diese Auffassung s. bei Karlowa S. 97—107: „Ich nehme an, daß gegen Ende der Republik u. in d. 1. Kaiserzeit bis zu Hadrian hin die *tutores testamentarii* und *a magistratu dati* noch nicht zur Ertheilung ihrer *auctoritas* gezwungen wurden. Wohl aber fand gegen sie ein Zwang Statt bezüglich ihrer Einwilligung zu einer Manusehe, einer *coëmtio*. Da nun diese *tutores* ganz regelmäßig zur Ertheilung ihrer *auctoritas* für eine *coëmtio test. fac. gratia* gezwungen wurden, so sah man das zuletzt als eine lästige Weitläufigkeit an." — 3) Rudorff Recht d. Vormundsch. I. S. 231—4. Karlowa S. 108: „Um den Frauen die Weitläufigkeit zu ersparen, in jedem Falle der Renitenz des Tutors zum Prätor gehen zu müssen, ließ man nun die *coëmtio fiduciaria* nicht bloß *test. fac. gratia*, sondern auch *tutelae evitandae gratia* zu". — 4) Karlowa S. 92. 93. Dazu Huschke Studien, S. 199 u. Ihering Geist II. 2. S. 563. III. S. 267 ff. — 5) Vergl. Müller Institut. § 156. Anm. 7. — 6) Puchta Curs. d. Inst. III. § 287. Walter Gesch. d. R. R. II. § 583. Müller § 155. Anm. 11.

Dritter Titel.

Mancipium und Mancipiumähnliches.

XLIX. Kapitel.

§ 796] I. *Mancipium* oder *mancipii causa* war ein besonderes Gewaltverhältniß über freie Personen, nicht ein originäres, sondern ein abgeleitetes, gewissermaßen eine Cession der *patria potestas* oder *manus*. Ursprünglich bedeutete es ein reales Lebensverhältniß mit eigenem Inhalt; es war auf Dauer berechnet, und ähnelte der Lage eines Sklaven, daher der Zustand einer solchen *persona alieni juris* mit *in mancipio esse** oder *servilis conditio* bezeichnet wurde. Ein solcher Zustand ward in alter Zeit durch Verkauf aus Noth (*venditio*) und durch Preisgebung wegen Delicts (*noxae datio*) herbeigeführt. Beides wurde aber in späterer Zeit (betreffs freier Personen) immer seltener; dagegen kamen gewisse Kunstanwendungen des *mancipium* auf zur Erreichung ganz anderer Zwecke, für welche dann das *in mancipio esse* eben nur Mittel war: solchergestalt war die Copie des eigentlichen *mancipium* immer nur ein vorübergehender Zustand und bloßes Durchgangsstadium bei einem solennen Rechtsact.

Das Recht, in das *mancipium* zu übergeben, gehörte zur Machtvollkommenheit des *paterfamilias* und des *maritus* in der Manusehe.

§ 797] Da der *in mancipium* Gerathende *servi locum obtinet*, so wird er nicht Agnat des Gewalthabers und der Familie desselben; daher erlangt er auch nicht die Rechte eines *suus heres*. Aber er unterscheidet sich darin vom eigentlichen *servus*, daß er, vom Gewalthaber zum Testamentserben eingesetzt, gleich einem *suus heres* die *potestas abstinendi* hat (*Gai. 2, 160*). Ehedem mögen auch die *in mancipio* erzeugten Kinder in das *mancipium* des Gewalthabers ihres Vaters gefallen seyn, und noch von Labeo ward diese in strenger Consequenz begründete Ansicht vertreten, später aber die humanere Ansicht angenommen, *ut, quamdiu pater ejus in mancipio sit, pendeat jus ejus, et siquidem pater ejus ex mancipio manumissus erit, cadat in ejus potestatem* (*Gai. 1, 135*). Auch darin ward das Verhältniß freier behandelt, daß der *in mancipio* Befindliche den Schutz der *actio injuriarum* gegen Mißhandlung Seiten des Gewalthabers hatte.[1]

In Ansehung des Vermögenserwerbs steht der *in mancipio* Befindliche ähnlich dem in *potestate* Befindlichen, noch ähnlicher der *uxor in manu mariti;* er kann nichts für sich haben und erwirbt Alles *ipso jure* seinem Gewalthaber (*Gai. 2, 86. 90. 96*), nur war man zu Gaius Zeit nicht mehr geneigt, dem Gewalthaber die *possessio* an *in manu mancipiove* Befindlichen zuzuschreiben und durch solche jenem den Besitz von Sa-

---

*) Man unterscheide *mancipium esse* d. h. Sklave seyn, und *in mancipio s. in causa mancipii esse* d. h. in Dienstabhängigkeit nach Art eines Sklaven stehen.

chen erwerben zu lassen (*Gai. 2, 90*). Auch in Betreff der Defension bei Contractsverbindlichkeiten gegen Dritte werden die *in mancipio* Befindlichen der *uxor in manu* gleich behandelt (*Gai. 4, 80*), und wir haben daher wohl anzunehmen, daß weder die *actio de peculio*, noch die *actio tributoria* hier Anwendung fand.[2] Zwischen dem *in mancipio* Befindlichen und seinem Gewalthaber selbst können, abgesehen von der *actio injuriarum*, keine Obligationen (*jure civili et honorario*) Statt finden.

In alter Zeit mag die *causa mancipii* der *servilis conditio* eines wirklichen *mancipium* ziemlich gleich gestellt gewesen seyn, noch *Cic. pro Caec. 34* vergleicht den *in mancipio* Befindlichen mit dem zur Strafe in Sklaverei Verkauften; allein in der geschichtlich beglaubigten Zeit findet sich keine Spur mehr von einem *jus vitae ac necis*, *jus venditionis* des Gewalthabers und Verfügungsrecht über Eheeingehung oder Ehescheidung. Dagegen scheint es, daß ebenso wie (ursprünglich) Personen *in manu*, so auch *in mancipio* Befindliche wegen Delicts von ihrem *quasi dominus noxae* dedirt werden konnten (*fr. 9. § 1. D. quod falso tutore 27, 6*).[3]

§ **798**] Dem eigentlichen Verkauf ins Mancipium (*Paul. 5, 1. § 1*) wurde seit dem 3. Jahrh. nach Chr. in der Gesetzgebung entgegengearbeitet; die Hingabe ins Mancipium *ex noxali causa* zwar (*Gai. 1, 140. 141; 4, 75—79*) erhielt sich bis auf Justinian,[4] allein auch sie mag schon lange vorher immer seltner geworden seyn, so daß das *in mancipio esse* als reales Lebensverhältniß seine Rolle in der Hauptsache ausgespielt hatte.

Daneben aber hatte sich eine künstliche Anwendung, als Mittel zu anderen Zwecken, gebildet, analog der künstlichen *manus*;* *ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipentur* (*Gai. 1, 141*): nämlich als Durchgangsstadium bei dem Mancipationsritus zum Zweck der *datio in adoptionem* und *emancipatio*, sowie bei dem Remancipationsritus zum Zweck der Aufhebung der (*coemtione* oder *usu* begründeten) *manus*.

In diesen Fällen war das Uebergehen ins Mancipum mit der Beschränkung: *sub fiducia* gemeint; der Gewalthaber mußte den *in mancipio* Befindlichen alsbald freilassen, damit der Freigelassene *sui juris* werde, bez. (bei der Adoption) nunmehr *in potestatem* des Adoptivvaters gebracht werden könne** (*Gai. 1, 132. 134*). Statt daß der formelle Gewalthaber *ex mancipio* frei ließ, konnte er aber auch zunächst an den ursprünglichen Gewalthaber (bisherigen *paterfamilias* oder *maritus*) remancipiren (*Gai. 1, 140*), um diesem den schließlichen Manumissionsact und die Vortheile des Quasipatronats zu überlassen (*Gai. 1, 166*).

Der Manumissionsritus selbst geschah ganz nach Analogie der *ma-*

---

*) s. oben Cursus § 792. **) Ueber die dreimalige Mancipation bei der Adoption und Emancipation eines Haussohnes s. oben Cursus § 754. 755.

numissio ex justa servitute, also *vindicta*, *censu* oder *testamento* (*Gai. 1, 139*). War das *in mancipio esse* bloß *dicis causa* begründet, so konnte der darin Befindliche auch gegen den Willen seines *quasi dominus* Freilassung *censu* erlangen (*Gai. 1, 140*).

§ **799**] II. *Auctoramenti causa.** Wie so manche alterthümliche Lebensverhältnisse in der Zeit des Kaiserthums einen modernen Reflex fanden (z. B. die *praefectura urbis*, die *lex regia de imperio*): so kann auch das *auctoramentum* in gewisser Hinsicht als ein Abbild des alten *mancipium* aufgefaßt werden.

Auctoratus war, wer in Gladiatorcontract mit einem Gladiatorenhalter (*lanista*) trat (*Quinctil. Declam. 302; Seneca Ep. 37*). Ein solcher Gladiator unterwarf seine Person dem Willen des Unternehmers gewissermaßen auf Tod und Leben, sowie allen Consequenzen einer strengen Lehrdisciplin, und wurde demgemäß fast wie ein Eigenthumsobject seines Lehr- und Kostherrn betrachtet (*Horat. Satir. II, 7. v. 58. „Se vendere et cautiones facere: uri, vinciri ferroque necari“*). Es war nur eine einzelne Anwendung dieser Idee, daß ein *auctoratus*, gleich einem *filiusfamilias*, im Fall der *subreptio*, Gegenstand der *furti actio* seyn konnte (*Gai. 3, 199*), und vom Lehrherrn im Fall der Ertappung auf Ehebruch getödtet werden durfte (*Coll. leg. Mos. et Rom. IV, 3. § 2.*).[5] Von einem Einfluß auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse war aber keine Rede.

Dieses Verhältniß mußte seine Bedeutung verlieren, seitdem Constantin d. Gr. die Gladiatorenkämpfe überhaupt verbot (*l. un. C. de gladiat. penitus toll. 11, 43*).

§ **800**] III. *Ab hostibus redemtio.*[6] Wenn ein Römer oder die Sache eines Römers aus der Hand des Feindes durch ein Lösegeld befreit wurde, so konnte der Loskaufende sich an dem Losgekauften eine Art Pfandrecht (*vinculum pignoris*) ausbedingen, welches bis zur Erstattung des *pretium* bestehen blieb (*Ulp. fr. 43. § 3. D. de legat. I*); *ab hostibus redemti, quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in servilem conditionem esse detrusi videntur* (*Gordian a. 242: l. 2. C. de postlim. reversis 8, 51*). Solchenfalls blieb bis zu diesem Zeitpunkt auch die Rehabilitirung *jure postliminii*** suspendirt[7]: *redemtio facultatem redeundi praebet, non jus postliminii mutat* (*Ulp. fr. 20. § 2. D. de captivis 49, 15* und *fr. 8. D. de re militari 49, 16*).

Vermöge dieser Suspension verhielt sich ein *redemtus* in gefangnenähnlicher Botmäßigkeit (*vinculum*) und stand einstweilen unter der, auch als *potestas* bezeichneten, Gewalt des Loskäufers: *potestatis verbum non solum ad liberos, qui sunt in civitate, referendum est, verum etiam ad eum, qui redemit ab hostibus, quamvis placeat, hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat* (*Ulp. fr. 20. § 1. D. qui testam. fac. poss. 28, 1*). Aber dieses Gewaltrecht gewährte ebensowenig, wie das *auctoramentum*, eine Verfügung über die vermö-

---

*) Vergl. oben Cursus § 376. Anm. †). **) s. oben Cursus § 370. 453.

gensrechtliche Seite der Persönlichkeit, und unterschied sich insofern wesentlich vom Mancipium. Kinder des *redemtus* unterfielen an und für sich nicht der Gewalt.

Im Fall der Bereitschaft zur Erstattung der Summe sollte der Gewalthaber, der sich weigerte, die Summe anzunehmen und die Person frei zu erklären (*ingenuitati restituere*), dazu vom Magistrat genöthigt werden (*l. 6. C. de postliminio reversis 8, 51*). Dasselbe sollte geschehen, wenn der Gewalthaber eine *ingenua redemta* prostituirte (*l. 7. eod.*).

Die Redemtion scheint in älterer Zeit nicht begünstigt gewesen zu seyn; von Bedeutung war wohl zuerst eine Constitution des Septimius Severus (*Tryphonin* in *fr. 12. § 8. 9. 17. D. de captivis 49, 15*), welche das Eigenthum an losgekauften Sklaven einstweilen dem Loskäufer beilegte und wohl auch über Loskauf freier Römer Bestimmungen enthielt. Dann aber war es namentlich Diocletian, welcher in einer Reihe von 16 Constitutionen (a. 287—291: *l. 3—18. C. eod.*) den Zustand der *commercio redemti* ordnete.[8]

Ein Edict von Honorius und Theodosius II (a. 409: *l. 20. C. eod.*) reformirte das Recht der *redemti* durch Beschränkung ihrer Abhängigkeit auf das Maximum eines Zeitraums von 5 Jahren.

Literatur: 1) Böcking Pand.-Instit. I. §48 (S. 195. d. 2. Aufl.) will diese Klage nur dem frühern Gewalthaber, bez. dem Beleidigten selbst erst nach seiner Manumission zugestehen, wovon aber nirgends etwas in den Quellen steht; letzteres könnte nur so gedacht werden, daß der Beleidigte zunächst nur als *naturaliter* berechtigt gälte; allein Gaius (1, 141) nennt ausdrücklich die *actio injuriarum* u. die von Böcking cit. Stelle (Gai. 4, 78) beweist gegen ihn, da sie nur vom *servus* und *filius* (vergl. im Gegensatz Gai. 4, 79), nicht vom *in mancipio* Befindlichen spricht. Walter Gesch. d. R. R. II. § 508. Anm. 52. zweifelt. — 2) Schlesinger i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VIII (1868) S. 54. 56. Anders v. Savigny System d. R. R. II. S. 50. v. Scheurl Beiträge z. Bearb. d. R. R. 1. S. 273. Huschke Gaius, Beitr. z. Kritik S. 178. u. Böcking Pand.-Inst. I. § 44. Anm. 8. — 3) Schlesinger S. 50. 57. — 4) Böcking I. § 48. S. 195. — 5) Brissonius *de formulis VIII, 50.* — 6) Hase d. *jus postliminii* (Halle 1851) S. 160—188. Dirksen Römischrechtliche Theorie von der Auslösung der in fremde Gefangenschaft gerathenen Personen. Abh. d. Berl. Akad. 15. Juli 1858. — 7) A. Faber *Jurisprudentia Papinianea XI, 8, 11.* Hase S. 163. — 8) Ders. S. 166. Dirksen S. 106—108.

Vierter Titel.

Patronatus.

L. Kapitel.

§ **801**] I. Ulpian sagt, den *libertus* mit dem *filius* zusammenstellend: *liberto semper honesta et sancta persona patroni videri debet* (*fr. 9. D. de obsequiis parentibus et patronis praest. 37, 15*); er drückt damit die familienhafte Innigkeit und respectvolle Unterordnung aus, welche

schon in der etymologischen Verwandtschaft der Worte *pater* und *patronus, liberi* und *liberti* sinnig angedeutet ist. Der *libertus* sollte sich als in einem kindesähnlichen Verhältniß zu seinem Patron stehend betrachten, und gleichsam eine Pertinenz der Familie seines Patrons seyn, wie das ja auch in der Annahme des Namens des Patrons (*nomen gentilicium*) ausgedrückt war. Aber so innig und heilig auch dieses familienähnliche Band[1] noch der späteren Zeit erschien, es war doch nur ein schwacher Abglanz jenes Clientelbandes, welches im ältesten Rom den Clienten an seine *Gens* und seinen *Patronus* knüpfte und noch in den XII Tafeln energische Anerkennung gefunden haben soll: *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto!**

Die Clienten im alten Sinn,** bevor sie bürgerlich mit der Plebs verschwammen, mögen kein vollfreies Gut gehabt und in vieler Beziehung sklavenähnlich unter der Botmäßigkeit der Gens gestanden haben: dagegen waren die Freigelassenen freie Personen, hatten ihr selbständiges Vermögen und bewegten sich als ihre eigne Herren im Verkehr. Allein das Band zwischen Herrn und Sklaven ward doch auch nach späterer Ansicht nicht völlig zerrissen durch die Freilassung, der *manumissus* gehörte der Gemeinde (*patria*) des Patrons an (*fr. 27. pr. D. ad municipalem 50, 1*), er blieb mit des Patrons Familie meist in vertrautem Zusammenhang, übernahm für diese auch Vormundschaften[2] und Geschäftsverwaltungen (*Scaev. fr. 58. pr. D. de admin. tutor. 26, 7; Paul. fr. 19. D. de jure patron. 37, 14*), und selbst ein gewisser Nachhall jenes alten sacralen Grundtons der Geschlechtsclientel kann in der lange aufrechterhaltenen Sitte der *jurata operarum promissio* † und der Theilnahme an des Patrons Erbbegräbniß gefunden werden (*fr. 11. D. de Carbon. ed. 37, 10*).

§ **802**] Es läßt sich in der Römischen Geschichte eine erst niederwärts und dann wieder aufwärts gehende Bewegung verfolgen, indem während der letzten Jahrhunderte der Republik unter dem Einfluß des Prätor eine Milderung des persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses der Freigelassenen angestrebt, in der Kaiserzeit aber wieder der Ueppigkeit und dem Uebermuth derselben durch strenge Vorschriften gesteuert wurde.

Aus der alten Zeit strengsten Familienregiments mochte sich lange auch eine Art Imperium über die Freigelassenen erhalten haben (*Cic. ad Quint. fratr. I, 1, 4*), welches späterhin, als die Familiensitte schwand, oft in willkürliche Härten ausartete. Wie der Herr seine Sklaven, so gebrauchte auch der Patron seine Freigelassenen gern als Erwerbsinstrumente und beutete wohl nicht selten dessen ganze Arbeitskraft inhuman aus. Daher kam seit einem Prätor Rutilius im Edict eine Anschauung zur Geltung, wonach im Streitfalle das Erwerbsverhältniß zwischen Patron und Libertus nach dem Vorbild der *societas ex bono*

---

*) s. oben Cursus § 58. 84. 86. Excurse S. 115. 117. **) s. Excurse S. 63. 123.
†) s. oben Cursus § 623. sub 3).

et aequo entschieden wurde: *Hoc Edictum a Praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. Namque, ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur. Et quidem prius Praetor Rutilius edixit, se amplius non daturum patrono, quam operarum et societatis actionem: videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus. Posteriores Praetores certae partis bonorum possessionem pollicebantur; videlicet enim imago societatis induxit ejusdem partis praestationem: ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret* (*Ulp. fr. 1. D. de bonis libertorum 38, 2*).

In der Kaiserzeit aber, als die Massen der Libertinen bedenklich anwuchsen,* und die Klagen über groben Undank Einzelner gegen ihre Patrone immer häufiger laut wurden, wendete sich die Gesetzgebung wieder mehr zu Ungunsten der Libertinen; Relegation und andere Strafen wurden angedroht (*Dosith. sent. Hadr. § 3; Tac. Ann. 13, 26; fr. 9. § 3. D. de off. Procons. 1, 16*), durch eine Constitution des Commodus (180—192 n. Chr.) sogar Rückfall in des Patrons Gewalt und äußersten Falls Verkauf in wirkliche Sklaverei vorgeschrieben: *Cum probatum sit, contumeliis patronos a libertis esse violatos, vel illata manu atroci esse pulsatos, aut etiam paupertate vel corporis valetudine laborantes relictos: primum eos in potestatem patronorum redigi et ministerium dominis praebere cogi; sin autem nec hoc modo admoneantur, vel a Praeside emtori addicentur, et pretium patronis tribuetur* (*Mod. fr. 6. § 1. D. de agnosc. liberis etc. 25, 3*).

§ **803**] Abgesehen davon, daß der Patron Anspruch auf Ehrerbietung (*reverentia et obsequium*) und im Verarmungsfalle auch auf Gewährung von Unterhalt hatte (*Gai. 4, 46; fr. 2. D. de obsequiis parent. et patronis praeb. 37, 15; fr. 19. D. de jure patr. 37, 14; fr. 9. D. de agnosc. lib. 25, 3; fr. 4. § 1. D. de in jus voc. 2, 4*), zeigte sich die fortdauernde Gewalt des Patrons (*jus in libertum* oder *jus patroni in liberto*) namentlich in folgenden zwei Beziehungen:

1) *Jus operarum.* Es war üblich, Dienstleistungen, wie sie zum geselligen Luxus vornehmer Römer gehörten (*operae officiales*), sich bei der Freilassung durch solennen Eid des Libertus zusichern zu lassen: *jurare debet: operas, donum, munus se praestiturum, operas qualescunque, quae modo probe jure licito imponuntur* (*Ulp. fr. 7. § 2. D. de oper. lib. 38, 1*). Solche Pflichten hießen *imposita libertatis causa* (*fr. 62. 64. § 1. D. sol. matr. 24, 3*). Sie zeigten die Gewalt über die Person des lebenden Libertus, und galten als eine Naturpflicht (*fr. 26. § 12. D. de cond. indeb. 12, 6*) und als dauernde Anerkennung des Patronats. Besondere Leistungen von Vermögenswerth, also namentlich solche, die eine gewerbsmäßige Geschicklichkeit voraussetzen, z. B.

---

*) s. oben Cursus § 376. z. A.

operae fabriles, pictoriae (*fr. 24. eod.*), mußten besonders stipulirt werden und standen mit gewöhnlichen Obligationen auf gleicher Linie, waren daher auch vererblich auf die Erben des Patrons[3]: *fabriles operae ceteraeque, quae quasi in pecuniae praestatione consistunt, ad heredem transeunt; officiales vero non transeunt* (*Ulp. fr. 6. eod.*). Aus dem *jusjurandum* stand dem Patron eine *actio s. petitio operarum* zu, welche dem freien und mildernden Ermessen des Proceßmagistrats großen Spielraum ließ (*fr. 2. 7. § 5. eod.; „probe jure licito" fr. 7. § 3.; fr. 17. 22. § 2. eod.*).*

2) *Jus in bonis liberti.* An dem Vermögen des lebenden Libertus stand dem Patron (der Patronin) kein unmittelbares Recht zu, aber wohl an der Hinterlassenschaft nach, bez. neben den agnatischen Kindern des Libertus ein eventuelles Erbrecht, welches in dem Prätorischen Edict und der *lex Papia Poppaea*[4] weiter ausgebildet ward (vergl. unten Erbrecht).

Im Zusammenhang mit diesem gesetzlichen Erbrecht stand die Agnatentutel, welche auf Grund der Interpretation der XII Tafeln (*Gai. 1, 165; Ulp. 11, 3*) über unmündige *liberti* und über *libertae* ausgeübt wurde; die *lex Papia Poppaea* befreite von dieser Tutel *libertae cum jure* (*4*) *liberorum* (*Gai. 3, 44; Ulp. 29, 3*); im Uebrigen blieb die *legitima tutela* des Patrons bestehen.**

§ **804**] Ein eigenthümliches Rechtsinstitut war die durch ein *Sctum* aus der Zeit des Claudius geordnete (*fr. 1. pr. D. de assignandis libertis 38, 4*) *assignatio liberti*[5] d. h. *significatio s. testificatio, cujus ex liberis libertum eum esse voluit* (*Mod. fr. 107. D. de V. S.*). Der Patron konnte für den Fall seines Todes oder seiner *capitis diminutio magna* das Patronatsrecht einem oder mehrern seiner Descendenten zuweisen: *ut solus ei patronus esset, perinde atque si ab eo libertatem consecutus est* (*fr. 1. cit.*). Eine solche Assignation konnte in jeder Form, sowohl *inter vivos*, als auch *mortis causa* (im Testament oder Codicill) geschehen (*fr. 1. § 3.* und *fr. 7. eod.*), und in jeder Form zurückgenommen werden (*ademtio assignationis: fr. 1. § 4. eod.*). Sie ist wohl zu unterscheiden a) von der *attributio liberti alimentorum causa* zum Besten des *libertus* (*fr. 11. eod.*), und b) von der *delegatio liberti*, welche sich auf die *operarum praestatio* bezieht und deren Abtretung an einen Fremden bedeutet (s. Excurse).

Die *assignatio liberti* hatte wesentlich nur für das Erbrecht des Patrons Bedeutung[3]: dieses konnte hierdurch zur Begünstigung eines oder mehrer legitimer Kinder, bez. Enkel solchen als Vorrecht vor den übrigen gewährt werden, und kam wohl häufig als Prälegat vor (vergl. auch *fr. 22. § 8. D. de lege Corn. de fals. 48, 10*). Die Wirkung war, daß den Uebrigen nur dann ein Erbrecht zukam, wenn der oder die Bevorzugten ohne Hinterlassung von Kindern wegfielen (*fr. 1. pr. i. f. D. de ass. lib. 38, 4*). —

---

*) Ueber Einzelnes vergl. den Excurs zu Kap. 48—50. **) s. oben Cursus § 431. 435.

Der Alimentationspflicht des Libertus entspricht eine solche des Patrons, allein keine unbedingte, vielmehr kann der Patron sich derselben entschlagen, indem er sein Anrecht auf die *libertatis causa imposita* und die *hereditas liberti* preisgibt (*Mod. fr. 6. pr. D. de agnosc. lib. 25, 3*). Außer dieser Aufhebung des Patronats durch Verwirkung[6] geht es auch infolge *natalium restitutio* unter.*

§ **805**] II. Dem eigentlichen Patronat ist der *quasi patronatus* des *parens manumissor,* d. h. des Adscendenten, der seinen Descendenten bei der Emancipation in eigner Person manumittirt, analog**; namentlich sichert dieser sich dadurch das patronatische Erbrecht.

Ein *jus operarum* aber kann dem Descendenten gegenüber nicht begründet werden: *nullum jus libertatis causa impositorum habet in emancipato filio, quia nihil imponi liberis solet. Nec quisquam dixit, jurejurando obligari filium patri manumissori ut libertum patrono: nam pietatem liberi parentibus, non operas debent* (*Tryph. fr. 10. D. de obsequiis patr. praest. 37, 15*).

Literatur: 1) v. Savigny System d. Civ.-R. I. S. 360. Puchta Curs. d. Inst. III. § 296. Walter Gesch. d. R. R. II. § 494. Lange Röm. Alterthümer I. (2. Aufl.) § 43. — 2) Rudorff Vormundsch. nach R. R. II. § 98. — 3) Schilling Lehrb. f. Instit. III. § 283. — 4) Walter II. § 497. — 5) Müller Institut. § 199. S. 797. Kuntze in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsrecht VI (1863) S. 195—7. — 6) Andere Verwirkungsfälle s. bei Walter II. 499. 500.

Vierter Abschnitt.

Das Erbrecht.

Einleitung.

LI. Kapitel.

Das Princip der Römischen Erbfolge.

§ **806**] I. Es sind zwei verschiedene Principien denkbar, nach denen die Vermögenscontinuität der Generationen geordnet werden kann. Entweder wird von der Familie ausgegangen, indem dieselbe als eine über dem Wechsel der Generationen erhabene historisch-organische, genossenschaftliche Einheit aufgefaßt wird, oder es wird vom Einzelnen ausgegangen, indem derselbe aus dem natürlichen Familienzusammenhang gelöst und zu einer selbständigen Größe isolirt wird; hiernach ruht die Erbordnung entweder auf dem Familienprincip,

*) s. oben Cursus § 372. **) s. oben Cursus § 755.

oder auf dem Individualprincip. Jenes herrscht auf der Naturstufe des Rechtssinns, so lange als der Einzelne noch in Familie, Geschlecht und Stamm mehr oder weniger aufgeht, und das Naturband der Bluteinheit alle Lebensverhältnisse umschlingt; dieses aber beginnt auf der Kulturstufe des Rechtssinns hervorzutreten, sobald mit der Lockerung des Naturbandes das Leben mehr zu einem freien Kunstwerk gestaltet wird, auf das Individuum der Accent fällt, und dessen Welt als dessen Schöpfung erscheint.

Das Familienprincip mag im alten patricischen Rom unter den *gentes* bestanden haben,* und es beherrscht die altgermanische Erbordnung; das Individualprincip nimmt in den XII Tafeln den Vordergrund ein und ist auch in der folgenden Entwicklung des nationalrömischen Erbrechts maßgebend geblieben,

§ **807**] Mit dem Gegensatz jener zwei Principien hängen folgende vier Kriterien zusammen: 1. Nach dem Familienprincip ist die Familie das Subject des ihren Gliedern dienenden Vermögenskreises, und dieser wird vom jeweiligen Familienhaupt verwaltet; die Familie aber bleibt dieselbe, auch wenn sie ihr Haupt wechselt; das Nachrücken des neuen an die Stelle des verstorbenen Hauptes ist nicht ein Erwerb fremden Rechts, sondern ein Erwachen eignen Rechts; folglich wechselt der betreffende Vermögenskreis nicht sein Subject, sondern nur das Organ der Ausübung des (der Familie zuständigen) Rechts, und der Tod des bisherigen Hauptes ist nur der Anlaß, nicht die Ursache des Nachrückens eines neuen. Demgemäß ist hier von Succession im streng juristischen Sinn keine Rede.

Nach dem Individualprincip ist die einzelne selbständige Person das Subject des ihr dienenden Vermögenskreises, und dieser steht demgemäß nicht bloß unter ihrer Verwaltung, sondern auch zu ihrer Verfügung. Stirbt die Person, so fällt das Subject hinweg, und es handelt sich nun um Substituirung eines neuen Subjects. Der Uebergang des subjectlos gewordenen Vermögenskreises auf eine andere Person als nunmehriges Subject ist mithin für diese: Erwerb fremden Rechts, d. h. Erbfolge im eigentlichen Sinn.

Nach dem ersten Princip repräsentirt der Erbe die Familie und zwar kraft eignen Rechts. Nach dem anderen Princip repräsentirt er seinen Vorgänger, der sein Erblasser ist; sein Recht ist ein abgeleitetes.

§ **808**] 2. Der durch die Generationen dauernde Organismus der Familie liebt es, sich auf den Grund und Boden zu fundiren, der natürlichsten Grundlage und sichersten Gewähr ökonomischer Dauerhaftigkeit. Das Stammgut wird so gleichsam der Körper der Familie und der Mittelpunkt ihrer wirthschaftlichen Subsistenz. Darum gilt das jeweilige Haupt der Familie vornehmlich als residenzberechtigter Verwalter des Stammguts, und die Erbordnung besteht wesentlich darin, daß das Stammgut seinen Besitzer wechselt. Die auf dem Familien-

*) s. oben Cursus § 90.

princip ruhende Erbordnung kann insofern das Stammgutsystem genannt werden.

Jenes Bedürfniß territorialer Radicirung ist für die Einzelperson nicht gegeben; nicht ein Stammgut, sondern die Persönlichkeit des Subjects bildet den Mittelpunkt, um welchen sich Alles ansetzt. Für die Einzelperson aber hat Alles Werth, was überhaupt Verkehrswerth hat, ja die flüssigsten Formen der Güter haben für sie den höchsten Werth, weil sie die fügbarsten und beweglichsten sind und so dem Willen des Augenblicks zu Gebote stehen. Darum hat das Vermögen der Einzelperson jederzeit eine stille, aber mächtige Tendenz nach Auflösung in Geld; Geld ist die parateste Macht des Individuums bei steigender Cultur. Darum drängt das Individualprincip dem Mobiliar- und Geldsystem zu und zieht seine Hauptnahrung aus städtischem Verkehrswesen. Geld aber ist wahlverwandt mit der Obligatio, und darum entwickelt und erweist sich der Erbschaftsbegriff recht eigentlich mit und an der Obligatio, welche dem Vermögenskreise anhaftend und mit ihm übergehend sichrer, als alles Andere, die vollzogene Rechtsänderung constatirt.*

Das Stammgutsystem galt im germanischen Rechtsleben, Forderungen und Schulden kamen dabei nicht in Betracht. Im Römischen Recht galt das Mobiliarsystem: Cicero (*Topic. 6*) definirt die *hereditas* als *pecunia, quae morte alicujus ad quempiam pervenit,* und Pomponius sagt: *heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant* (*fr. 37. D. ad acq. hered. 29, 2*).

§ **809**] 3. Aus dem Familienprincip ergibt sich ferner die Geltung einer traditionellen Ordnung, das Nachrücken in die Stelle des Abgeschiedenen erfolgt nach Gesetz und objectiver Regel: darum kann hier im Grunde nur von gesetzlicher Erbfolge die Rede seyn. Der Wille des abscheidenden Familienhauptes kann sich nur ausnahmsweise selbständig dabei geltend machen, und unterliegt im Großen und Ganzen der Naturordnung.

Dagegen bewegt sich nach dem Individualprincip das jeweilige Subject des Vermögenskreises vollkommen frei. Dieser Kreis ist Privatgut und abhängig vom Privatwillen. Darum wird auf diesen zuerst geblickt, wenn es sich um den Erben handelt: Erbe wird, wer vom Erblasser dazu erkoren und berufen ist; insofern kann hier zunächst nur von letztwilliger Erbfolge die Rede seyn.

Demgemäß beruhte die germanische Erbordnung wesentlich auf gesetzlicher Berufung, und bildete da die letztwillige Verfügung durchaus nur Ausnahme; das Testament ist nach Deutschland eigentlich erst mit dem Römischen Recht gekommen. Aber in Rom war die testamentarische Berufung prototypisch, und die Intestaterbfolge behielt bis in die späteren Zeiten den Karakter eines subsidiären Berufungsgrundes: das Gesetz wollte da nur ein Surrogat des Testatorwillens seyn.

*) s. Excurse S. 131.

§ **810**] 4. Nach dem Familienprincip gleicht endlich das Nachrücken neuer Häupter einer natürlichen Kette, welche sich einfach an den Grundfaden des Stammguts aufreiht; kraft der Familienordnung bestimmt sich die persönliche Erbberechtigung, und die Einheit der Familie verdeckt den Wechsel der Generationen. Eine Kluft gibt es hier nicht zwischen den Generationen; die Continuität ist von der Natur selbst dargeboten.

Anders nach dem Individualprincip. Mit dem Tode des bisherigen Hauptes fällt das Subject äußerlich hinweg, und wenn das Vermögen aufrecht erhalten und als Ganzes sammt Forderungen und Schulden auf ein neues Subject übertragen werden soll, so bedarf es einer ideellen Vermittlung: eine Kunstbrücke muß über die vorhandene Kluft von der einen zur anderen Generation geschlagen werden. Diese Brücke hat der Römische Rechtssinn geschlagen, und sie ist seine kunstvollste Arbeit und genialste Schöpfung. In ihr pulsirte der den Römern volksthümliche Gedanke, daß das Familienhaupt in seiner Nachkommenschaft und in seinem Vermögen (*familia pecuniaque*) fortwalte, dieses beseelend und mit ihm übergehend in die Person des Erben — ein Gedanke, welcher die Verselbständigung des Individuums erst wahrhaft zum Abschluß brachte und dem Mangel sinnlicher Continuität durch Uebersinnliches abhalf.

Nach germanischer Auffassung war das Individuum noch nicht völlig abgelöst vom Familienstock, und so verlor sich die Person des Sterbenden um so leichter im Ganzen der Familienidee. Nach Römischer Auffassung dagegen war das Individuum ganz auf sich selbst gegründet; es wehrte sich gegen das Aufgehen in der Familienidee, aber ebenso wehrte es sich gegen den Untergang im Tode. Diese Idee der civilistischen Fortexistenz ist die Krönung des Werkes der socialen Emancipation des Individuums, und ohne sie ist das Römische Erbrecht weder praktisch noch theoretisch verständlich.

§ **811**] II. Dem System des Römischen Erbrechts sind die Spuren der rechtsgeschichtlichen Bewegung auf's Tiefste eingedrückt. Demgemäß sind drei Erbkreise aufzuzählen: der älteste des *jus strictum*, in welchem die Erbfolge schlechthin abhängt von dem in solennem Mancipationsritus erklärten Testamentswillen des *paterfamilias*, bez. von dem *vinculum agnationis*; der mittlere des im prätorischen Recht zutage tretenden *jus gentium*, in welchem das einfache Siegeltestament zur Geltung kommt, und der erste Schritt über die Agnation hinaus geschieht durch Anerkennung der gesetzlichen Erbfolge emancipirter Descendenten; endlich der neuere des *jus naturale* und *extraordinarium* der Kaiserzeit, in welchem auch Codicille zur Geltung kommen, und Descendenten, Adscendenten und Collateralen als solche, d. h. in ihrer Unterscheidung und ohne Rücksicht auf das Band der *patria potestas*, zur Intestaterbfolge berufen werden.

Während in den letzten Jahrhunderten der Republik neben der civilrechtlichen *hereditas* die prätorische *bonorum posses-*

sio unvermittelt steht, und beide Begriffe zwei selbständige Systeme bilden, erfolgt durch die freie Fortbildung der erbrechtlichen Ideen in der Kaiserzeit eine sichtbare Annäherung beider Systeme, welche nun im Leben einander ergänzten und von der Jurisprudenz zu einer wahren theoretischen Einheit verarbeitet wurden. In dem Recht der Senatsconsulte und Constitutionen dieser Zeit schwimmen die Principien der *hereditas* und *bonorum possessio* allmählich ineinander, und die Juristen der classischen Zeit sagen: *hereditas juris nomen est, sicuti bonorum possessio* (*Pomp. fr. 119. D. de V. S.*) — *Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur* (*Paul. fr. 138. eod.*) — *In omnibus vice heredum bonorum possessores habentur* (*Ulp. fr. 2. D. de bonor. possess. 37, 1*).

Erster Titel.

Die allgemeinen Grundzüge.

LII. Kapitel.

I. Die Successionsarten.

§ 812] A. Universal- und Singularsuccession im Erbrecht. Durch den Tod einer vermögensfähigen Person wird nicht bloß ein einzelnes Rechtsverhältniß, oder eine geschlossene Zahl einzelner Rechtsverhältnisse, sondern ein ganzer ideeller Vermögenskreis, subjectlos, und dieser ist es, um dessen Uebergang auf ein neues Subject es sich zunächst handelt. Erbfolge ist daher principiell ein Eintritt in des Erblassers Vermögen als Ganzes: *Hereditatis bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis, quam corporis possessio* (*fr. 3. § 1. D. de bonor. poss. 37, 1*) — *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit* (*Jul. fr. 62. D. de R. J.*) — *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulas res, demonstrat* (*Afric. fr. 208. D. de V. S.*) — *Bona hic* (*ut plerumque solemus dicere*) *ita accipienda sunt, universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus: in hoc loco proprie bona appellabuntur* (*Ulp. fr. 3. pr. D. de B. P. 37, 1;* dazu *Pomp. fr. 37. D. de acq. her. 29, 2*).

Dies ist *successio per universitatem* (Universalsuccession*): wer auf diesem Wege Erbe wird, überkommt gewissermaßen die Vermögenspersönlichkeit des Erblassers und repräsentirt diesen von da an;

---

*) s. oben Cursus § 447.

der Nachlaß (Hinterlassenschaft, Erbmasse, Erbschaft) umfaßt die Vermögensseite des Verstorbenen, und geht als beharrende Einheit in des Erbfolgers Person und Vermögen über: *Hereditas personam defuncti sustinet* (*Ulp. fr. 34. D. de acq. dom. 41, 1* und dazu *Florent. fr. 116. § 3. D. de legat. I*) — *Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat* (*Ulp. fr. 59. D. de R. J.*).

§ 813] Neben dieser Universalsuccession kennt aber das Römische Recht auch eine *successio singularis* auf den Todesfall, wodurch bloß einzelne Sachen- oder Schuldrechte, z. B. das Eigenthum eines Grundstücks, eine Darlehnsforderung, die zur Erbschaft gehören, Jemandem zugewendet werden. Eine solche Zuwendung (Vermächtniß) setzt zwar die Erbfolge voraus, ist aber nicht selbst Erbfolge, und demgemäß nimmt ein Vermächtnißnehmer nicht Theil an der Repräsentation des Erblassers.

Das Römische Recht kennt zwei Arten des Vermächtnisses, eine ältere aus dem Civilrecht stammende (*legatum*), und eine jüngere dem Kreise des *jus extraordinarium* angehörige (*fideicommissum*): diese Arten unterscheiden sich von einander theils durch die Form, theils durch gewisse Wirkungen, bilden aber einen gemeinsamen Gegensatz zur eigentlichen Erbfolge (Universalsuccession).

Was so im Wege der Singularsuccession dem Vermächtnißnehmer zufließen soll, mindert die Erbmasse zum Nachtheil des Erben und erscheint für diesen wie eine Abschöpfung: *delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* (*Florent. fr. 116. pr. D. de legat. I*), daher vom Erben, welcher diese Einbuße erleidet, gesagt wird: *testator ab herede legatum alicui relinquit s. dat* (z. B. *fr. 5. 6. D. de legat. III*). Der Erbe, der sich solchen Abzug gefallen lassen muß, erscheint auf diese Weise als belastet (*oneratus, gravatus*), der Vermächtnißnehmer, der so auf Kosten jenes bedacht ist, als begünstigt (*honoratus*).

§ 814] B. Getheilte Succession. Die Stellung des Erben zum Nachlaß ist ein Totalverhältniß, insofern sein Recht sich auf das Vermögensganze oder die Vermögenspersönlichkeit des Erblassers bezieht, aber nicht ein ausschließliches, insofern es durch die Theilnahme anderer danebenberechtigter Erbfolger (Miterben, *coheredes*) beschränkt seyn kann. Solchenfalls theilt sich das Vermögensganze in so viele (zwei oder mehrere) Bruchtheile, als Erben da sind, und jeder kann sein Erbrecht nur unbeschadet des Miterbrechts der Anderen ausüben.

Das arithmetische Verhältniß der Bruchtheile (*partes s. portiones hereditariae*) kann sehr verschieden seyn. Entweder sind alle Bruchtheile gleich (*portiones aequae s. aequales s. viriles*): dann bestimmt sich die Größe eines jeden schlechthin nach der Anzahl der Miterben; oder es kommen den einzelnen Miterben Bruchtheile von verschiedener Größe zu: auch hier aber läßt sich jede Erbportion auf ein bestimmtes Größeverhältniß zum Ganzen zurückführen.

Die Römer liebten es, ein in Bruchtheile zerlegbares Ganzes unter

dem Bilde eines aus *12 unciae* bestehenden *As* vorzustellen, z. B. *possessor is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet: aut ex asse, aut pro parte* (*Macer fr. 15. § 1. D. qui satisdare cog. 2, 8*); so nannten sie auch den alleinigen Erben *heres ex asse* im Unterschied von den *heredes pro parte*. *Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest, quot voluerit, sed solennis assis distributio in duodecim uncias fit* (*Ulp. fr. 13. § 1. D. de hered. instit. 28, 5*). Die Theile des *As* aber sind:

$^1/_{12}$ *uncia*	$^5/_{12}$ *quincunx*	$^9/_{12} = {}^3/_4$ *dodrans*
$^2/_{12} = {}^1/_6$ *sextans*	$^6/_{12} = {}^1/_2$ *semissis* (*semis*)	$^{10}/_{12} = {}^5/_6$ *dextans* (*decunx*)
$^3/_{12} = {}^1/_4$ *quadrans*	$^7/_{12}$ *septunx*	$^{11}/_{12}$ *deunx*
$^4/_{12} = {}^1/_3$ *triens*	$^8/_{12} = {}^2/_3$ *bessis* (*bes*)	*As*

Hiernach hieß ein Erbe zu $^1/_{12}$ *heres ex uncia s. unciarius*, ein Erbe zur Hälfte *heres ex dimidia parte s. ex semisse*. Wenn kleinere Bruchtheile in Frage kamen, so gewann man die höhere Ausgleichungseinheit, indem das *as* verdoppelt (*dupondium*) oder verdreifacht (*tripondium*), und folglich die Erbschaft aus *primum*, *secundum* und bez. *tertium as* bestehend gedacht wurde: auf diesem Wege ergaben sich 24, bez. 36 Bruchtheile der Erbschaft, deren einer oder mehrere auf den einzelnen Miterben kommen sollten. —

In analoger Weise kann es sich auch um Vertheilung eines legirten Gegenstandes unter mehrere Collegatare, sei es zu gleichen oder ungleichen Theilen, handeln.

§ **815**] C. Eventuelle und successive Succession. Wie mehrere Erben gleichzeitig und nebeneinander in Frage kommen können, so auch hintereinander, so daß eine eventuelle Anwartschaft gegeben ist, und in der Reihenfolge möglicher Erben Vor- und Hintermänner unterschieden werden. Der Vormann schließt, wenn er Erbe wird, seinen Hintermann aus, welcher daher nur in Frage kommt, wofern jener, ohne Erbe zu werden, wegfällt.

Man mißt das Verhältniß dieser Aufeinanderfolge nach Graden. So kann der Testator mehrere Erben hintereinander einsetzen (*plures gradus heredum facere: fr. 25. 36. D. de substit. 28, 6:* s. g. Vulgarsubstitution), und das Gesetz beruft in Gemäßheit der *successio ordinum et graduum* die Intestaterben mit besonderer Berücksichtigung der Verwandtschaftsgrade. —

Auch eine successive Erbfolge ist denkbar in der Weise, daß die Erbschaft zuvörderst auf den einen Erben übergeht, und dann nach längerer oder kürzerer Zeit durch dessen Person hindurch auf eine zweite, dritte Person sich fortpflanzt: diese zweite, dritte Person würde hierbei nicht Erbe des ersten, bez. zweiten Erben, sondern des ursprünglichen Erblassers seyn. Man unterscheidet hiernach directe (d. h. die des ersten Erben) und indirecte (d. h. durch einen Vorerben vermittelte) Erbfolge; die letztere kommt im Römischen Recht nur in be-

schränkter Anwendung vor, nämlich im *testamentum militis* und in der modificirten Weise des Universalfideicommmisses (s. unten). —

Sowohl die eventuelle, als die successive Betheiligung Mehrerer ist auch beim Legat denkbar (Substituirung für das Vermächtniß und successives Vermächtniß).

LIII. Kapitel.

II. Die Successionsgründe.

§ 816] A. **Die ordentlichen Successionsgründe.** I. Beschaffenheit und Arten derselben. Wie jedes erworbene Recht, so ruht auch das Rechtsverhältniß des Erben auf einem Rechtsgrund, d. h. auf einem thatsächlichen Umstand, welcher die rechtliche Quelle des Erbverhältnisses bildet. Dieser Rechtsgrund ist nach Römischem Recht entweder der freie Wille des Erblassers selbst, oder die Vorschrift objectiver Rechtsnormen, welche gewisse Lebensverhältnisse mit erbrechtlichen Wirkungen ausstattet; immer ist es ein persönliches Band zwischen dem Erblasser und Erbfolger, an welchen das Successionsverhältniß sich anknüpft, aber dort ist das Band ein vom Erblasser willkürlich geschaffenes, hier ein natürliches und durch selbständige Lebensbedingungen gegebenes.

Der vom Erblasser selbst über das rechtliche Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode erklärte Wille heißt letzter Wille (*ultima voluntas, supremum judicium*); derselbe ist entweder grundlegend oder nebensächlich, je nachdem er das Schicksal des Vermögens ganzen betrifft d. h. die Bestimmung des oder der Erben enthält, oder nur Einzelnes betreffende Verfügungen enthält: der grundlegende letzte Wille heißt Testament (*testamentum*), der nebensächliche heißt Codicill (*codicilli*).

Als solche Lebensverhältnisse aber, welche geeignet sind, unabhängig von letztwilliger Anordnung ein Erbrecht zu begründen, gelten im Römischen Recht Verwandtschaft (*agnatio, cognatio*) und Ehe. Unter welchen Voraussetzungen diese Rechtsgründe wirksam werden, ist durch objective Rechtsnormen bestimmt, daher solchenfalls von gesetzlichem Erbrecht (Intestaterbfolge) gesprochen wird.

Alle Successionsgründe des Römischen Erbrechts beruhen demgemäß entweder in letztwilliger Anordnung, oder im Verwandtschafts-, oder Ehebande, und dieser Unterschied hat nicht bloß für die Erbfolge im engern Sinn, sondern auch für die erbrechtliche Singularsuccession (Vermächtniß) Bedeutung, denn es gibt letztwillige und auch gesetzliche Vermächtnisse.

§ 817] 1. **Letzter Wille.** a. Testament. aa) Errichtung. Ein so wichtiges Rechtsgeschäft, wie das Testament, bedarf einer besonders ausdrucksvollen Feierlichkeit, wodurch sowohl der Testirende selbst an die Wichtigkeit erinnert, als auch der Act für andere Interes-

senten constatirt wird; demgemäß hat das Römische Recht von jeher eine solenne Testamentsform verlangt.

Aus dem ältesten Civilrecht werden zwei regelmäßige Formen erwähnt, welche lange Zeit neben einander galten, eine öffentliche und eine private Form: *α*) *Testamentum calatis comitiis conditum,* ein mündlicher Rechtsact vor der verfassungsmäßig versammelten Bürgerschaft (*coram populo*), unter Mitwirkung und Aufsicht der *Pontifices. Comitia calata* waren die der Testamentserrichtungen wegen zwei Mal im Jahre besonders zusammengerufenen Curiatcomitien (*Gell. 15, 27; Gai. 2, 101*). Wegen der Bedeutung des Vermögens für die *sacra* mußte dieser Act eine sacrale Sanction haben, und wegen der Bedeutung der Familiensacra für den Staatsorganismus mußte die Bürgerschaft ihre Genehmigung geben. Wahrscheinlich hing diese Form mit den sacralen Grundlagen des patricischen Geschlechtersystems zusammen; ungewiß ist, ob sie später auch plebejischen Bürgern zugänglich ward. Für diese scheint vornehmlich eine andere Form, die als eine Varietät oder ein Surrogat jener anzusehen ist, das *testamentum in procinctu* (*Gai. l. c.; Fest. v. in procinctu; Cic. de orat. 1, 53; Vellej. 2, 5*) berechnet gewesen zu seyn: denn die Plebejer galten zuerst in militärischer Beziehung als active Staatsmitglieder, und jene Testirung war ein Act des *civis miles* vor dem in Schlachtordnung aufgestellten Heere. In gewisser Hinsicht kann wohl diese Militärform, in deren Hintergrund die fünf Classen des Volks stehen, als Vorläufer des profanen Privattestaments betrachtet werden, welches sich auf Grund der XII Tafeln dann entwickelte.

Schwerlich spielte das (in den Comitien oder in Schlachtordnung) versammelte Volk bloß die Rolle von Solennitätszeugen[1]: sein Beiseyn und Abstimmen, bez. Schweigen drückte Genehmigung aus, die auch hätte versagt werden können.[2] Schwerlich sind auch diese ältesten Testamente als Verfügungen über das Vermögens*ganze* anzusehen, denn freies Testiren in diesem Sinn ist geradezu unverträglich mit einem sacral geordneten Geschlechterwesen, vielmehr handelte es sich dabei wohl nur um Anordnung von Legaten und Tutelen[3] in außerordentlichen Fällen, namentlich zur Bedenkung naher Cognaten, die an sich nicht erbberechtigt waren;[4] Bürgerschaft und Pontifices hatten hier zu beobachten, daß durch Unmäßigkeit der Legate die *hereditas* nicht *damnosa* würde.

§ **818**] *β*) Erst in der privaten Form der Testamentserrichtung, die offenbar nicht im Zusammenhang und zur Ergänzung des Geschlechtersystems, sondern im entschiedensten Widerspruch dazu entstand, tritt die Idee einer Verfügung über das Vermögensganze deutlich auf: das ist das *testamentum per aes et libram,* welches auf *familiae emtio* hinausläuft. Dasselbe ist schwerlich aus dem *testamentum coram populo* hervorgegangen,[5] denn es ist den Römern stets als ein Privatact *inter amicos* erschienen, und es wird nirgends — auch nicht in der Nuncupationsformel — auch nur angedeutet, daß die 5

Zeugen („*non minus quam V testes*") die 5 Classen repräsentirten; die alte Testamentsform war die Form eines Gesetzes, die Privatform war etwas ganz Anderes, nämlich ein Vertrag mit einem Verwandten oder Freund, etwa mit dem Haupterben selbst, in dessen Hand die Vollstreckung aller übrigen Anordnungen gelegt wurde (*Gai. 2, 102*). Mit der Anerkennung dieses Mancipationstestaments[6] war der freie souveräne Wille des *paterfamilias* zur erbrechtlichen Norm erhoben; allgemeines Rechtsinstitut für alle, auch die patricischen, Römer konnte es daher erst werden, als der Bruch des sacralen Geschlechterwesens sich vorbereitete. Schwerlich lag es schon in den XII Tafeln ausgebildet vor, denn das Wort *legare* in dem Satze: *uti legassit super pecunia, ita jus esto,* drückt nicht einen Mancipationsritus aus, und es ist nicht wohl zu denken, daß dieser Ritus, bevor er in künstlicher Anwendung *dicis gratia* vorkam, auf das Testiren Anwendung finden konnte.

Nur in Einem Punkte stimmte dieses Privattestament mit jenem öffentlichen überein: daß es in bloß mündlicher Form bestand, und diese feierliche Mündlichkeit gerade, sei es *coram populo* oder *adhibitis amicis,* war bedeutsam genug als ein natürlicher Damm gegen lieblose Willkür des Testator, welcher Angesichts solcher Assistenten grobe Verstöße gegen den Familiensinn scheuen mußte.

§ 819] Freier noch erschien der Testirwille, wenn für das Testiren eine heimliche Form erfunden wurde: diese Bedeutung hat die spätere Form des Mancipationstestaments, welche allmählich sowohl die öffentliche, als auch die mündliche Privatform verdrängte und zu Gaius' Zeit noch die einzige civilrechtliche Form war. Theophilus (*ad Inst. II, 10. § 1*) gibt als Anlaß der neuen Form die Besorgniß von Lebensnachstellungen an, welche der *familiae emtor* als *heres sciens, se fore successorem,* zur Beschleunigung des reellen Vermögensübergangs dem unerwartet lange lebenden Erblasser leicht bereiten konnte; allein es lag eine Wendung zu schriftlicher Ausgestaltung der Rechtsgeschäfte überhaupt in der Tendenz der letzten Jahrhunderte der Republik.*

Das neue schriftliche Mancipationstestament bestand in einer Urkunde (*tabulae testamenti*), welche bis zur Eröffnung nach des Testator Tode verschlossen blieb (*Cic. in Verr. 2, 1. cap. 45; Paul. Sent. rec. V, 5. § 6*). Der Mancipationsact selbst war hier nur ein Ritus zum Schein, *propter veteris juris imitationem* (*Gai. 2, 103*), denn der *familiae emtor* galt nicht mehr als der Erbe, sondern die Erbeinsetzung geschah in der Testamentsschrift, und auf deren Inhalt verwies der Testirende bei der Mancipation. Diese geschah noch mit den Worten des *familiae emtor: Familiam pecuniamque tuam endo* (= *in*) *mandatelam tutelam custodelamque meam esse ajo, eaque, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi emta;* worauf die Vorzeigung und Beglaubigung der Urkunde durch

---

*) s. oben Cursus § 194.

die *nuncupatio* mit den Worten des Testirenden folgte: *Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* (*Gai. 2, 104*).

Wie die Mancipation zum Schein, so war auch die Nuncupation hier nur eine generelle: sowohl die Erbeinsetzung als die übrigen Anordnungen waren niedergeschrieben und blieben verschwiegen. Es war damit die Möglichkeit gegeben, zugleich mehrere Miterben zu ernennen und den letzten Willen sorgfältig in vielen Einzelnheiten auszuarbeiten. Im Uebrigen blieben, namentlich was die Fähigkeit der zu adhibirenden Zeugen anlangt, die bisherigen Vorschriften in Geltung (*Gai. 2, 105—108*).

§ **820**] Neben dem schriftlichen Mancipationstestament kam im Bereiche des Prätorischen Rechts eine noch einfachere Form auf, indem der Prätor den eingesetzten Erben Schutz (*bonorum possessio*) verhieß, auch wenn bei der Errichtung des Testaments weder Mancipation noch Nuncupation stattgefunden hatte, wofern die Testamentsurkunde mit sieben Zeugensiegeln versehen war (*Gai. 2, 119. 147*). Dieses s. g. Prätorische Testament (*testamentum septem signis testium signatum*) gewann an Bedeutung, jemehr das System der *bonorum possessio* entwickelt wurde, und wirkte dann selbst auf die Gestalt des Civiltestaments zurück. „Die *signatio testium*, welche kaiserliche Constitutionen noch durch die *subscriptio testium et testatoris* verstärkten, wurde auch auf das Civiltestament übertragen (*Suet. Tib. 23; Nero 4; § 3. J. de testam. ordin. 2, 10*), und die *mancipatio familiae* wurde auch bei ihm außer Anwendung gesetzt (*§ 1. J. eod.*), so daß nunmehr nach civilem, wie nach Prätorischem Recht die Testamentserrichtung nicht mehr als ein mit dem Erben abzuschließendes Geschäft, sondern in jeder Beziehung nur als ein einseitiger Act des Erblassers erscheinen konnte. Es forderte also jetzt die civile Testamentsform die Nuncupation und 5 Zeugen, die Prätorische aber ohne Nuncupation 7 Zeugen" (*l. 1. C. Theod. de testam. 4, 4*).[7]

Das Prätorische Testament ward in der nachclassischen Zeit sogar die regelmäßige Form des schriftlichen Testaments überhaupt, und blieb, seitdem unter Theodos. II. (439 n. Chr.) das Mancipationstestament gänzlich beseitigt war, die einzige schriftliche Testamentsform im *jus commune*.[8]

Zur Ausbildung einer rein mündlichen Form hatte es das Prätorische Recht nicht gebracht; erst in der nachclassischen Zeit tauchte in der Praxis ein mündliches Testament (*testamentum nuncupativum*) wieder auf. Bei ihm gab es nun ebensowenig mehr, wie bei dem schriftlichen, einen Mancipationsritus, vielmehr genügte die feierliche Erklärung vor einer hinreichenden Zeugenzahl. Diese mündliche Erklärung des letzten Willens ersetzte die Niederschrift; die erforderliche Zeugenzahl war die Siebenzahl, indem auch hier der ehemalige *libripens* und *familiae emtor* als einfache Zeugen mitzählten.[9]

§ **821**] bb) *Testamentifactio*. Mit diesem allgemeinen Quellen-

ausdruck wird die Fähigkeit zu irgend welcher Betheiligung an der Errichtung eines letzten Willens bezeichnet, sei es als **Errichter** (*t. f. activa*, d. h. *jus testamenti faciendi s. ordinandi: Gai. 2, 105. 109; Ulp. 20, 16*), oder als **Mitwirkender** (*testis, familiae emtor, libripens habilis — ad testamentum adhiberi*), oder als **Bedachter** (s. g. *test. factio passiva** d. h. Fähigkeit, als Erbe oder Legatar honorirt zu werden). Von der Fähigkeit, Mitwirkender oder Bedachter zu seyn, heißt es: *testatori est cum iis testamentifactio* (*fr. 49. § 1. D. de hered. inst. 28, 5; § 6. J. de testam. ordin. 2, 11*).

Die *testamentifactio* sowohl im altrömischen Sinn, wonach sie ein Element des civilen *commercium* im Unterschied von dem außerrömischen Rechtskreise bildete, als auch im späteren allgemeinen Sinn, wird von Papinian mit den Worten karakterisirt: *testamentifactio non privati, sed publici juris est* (*fr. 3. D. qui test. fac. poss. 28, 1*), d. h. die Vorschriften darüber ruhen auf Gründen des öffentlichen Interesses und können daher nicht durch Privatbelieben abgeändert werden (*jus publicum pactis privatorum mutari non potest: Pap. fr. 38. D. de pact. 2, 14*). Je freier und souveräner in sachlicher Beziehung der Testirwille war, um so strenger hatte er die gesetzlichen Formen zu respectiren.

§ **822**] Von der **activen** *testamentifactio* waren ausgeschlossen: *α*) **aus öffentlichen Gründen** a) Peregrinen und *dediticii;* b) Sklaven; nur die *servi publici* hatten eine beschränkte Fähigkeit: sie durften über die Hälfte ihres Peculium testiren (*Ulp. 20, 16*); c) *latini Juniani* (*Gai. 1, 23. 24*); d) *lege intestabiles*,[10] d. h. solche Bürger, welchen zur Strafe die Testirfähigkeit entzogen ist, z. B. wegen unehrenhafter Verweigerung des Zeugnisses oder *ob carmen famosum*** (*Gell. 15, 13; fr. 18. § 1; fr. 26. D. qui test. fac. p. 28, 1*).

β) **Aus familienrechtlichen Gründen:** a) *in patria potestate*,† *manu* oder *mancipio* Befindliche, denn sie haben kein Vermögen, über das sie disponiren könnten; b) bis auf Hadrian auch *mulieres sui juris*, sofern sie nicht infolge einer (dann beendigten) Manusehe oder durch Eingehung einer Schein-Manus und folgende Manumission aus ihrem Agnatenkreise geschieden waren. Beim Comitientestament nämlich hatte der Testirfähigkeit der Frauen die Form entgegengestanden, *quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est* (*Gell. 5, 19*); beim *testamentum per aes et libram* fiel zwar dieses Hinderniß hinweg, nichtsdestoweniger behielt man die Testirunfähigkeit der Frauen bei, um ihr Vermögen ihrem Agnatenkreise zu erhalten. Diese Rücksicht aber war da nicht gegeben, wo die Frau ihren Agnatenkreis verlassen hatte, daher war sie testirfähig, wenn sie eine *capitis diminutio* erlitten hatte (*Cic. Top. 4*), bez. eine *coëmtio* eingegangen war (*Gai. 1, 115 a*), und Frauen, die sich die Testirfähigkeit verschaffen wollten, nahmen zu

---

*) s. unten Cursus Kap. 56. **) s. oben Cursus § 714. †) Abgesehen von der Ausnahme des *jus militare* (*peculium castrense*).

diesem Behufe eine *coëmtio fiduciaria* vor. Hadrian aber erließ auch diesen Umweg, so daß nun Frauen mit einfacher *tutoris auctoritas* immer testiren konnten[11] (*Gai. l. c.; Ulp. 20, 15*).

γ) Aus psychologischen Gründen fehlte die Testirfähigkeit nicht bloß den Unmündigen ohne Unterschied des Geschlechts (*Gai. 2, 113*), den Wahnsinnigen und *prodigi* (*Ulp. 20, 13*), sondern auch den Tauben und Stummen, weil sie der *nuncupatio* unfähig waren (*§ 3. J. quib. non est perm. test. fac. 2, 12*).

§ **823**] Die genannten Gründe standen auch der Fähigkeit, als Zeuge oder *libripens* oder *familiae emtor* zu assistiren, entgegen; ausgenommen waren nur *latini Juniani* und freie Römer *alieni juris* männlichen Geschlechts: diese waren assistenzfähig. Dagegen waren assistenzunfähig die im Testament einzusetzenden Erben, sowie die Gewaltuntergebenen des Testator oder des Erben, die mit jenem oder diesem durch dieselbe Gewalt Verbundenen, und der Gewalthaber des Erben (*§ 10. 11. J. de test. ordin. 2, 10*). *Legatariis et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, testimonium non denegarimus* (*§ 11. J. cit*); auch steht dem nichts entgegen, daß Vater und Sohn, oder mehrere derselben Gewalt Untergebene neben einander assistiren (*fr. 22. pr. D. qui test. fac. poss. 28, 1*).

Der Concipient der Urkunde (*testamentarius*) kann zugleich als Zeuge fungiren (*Quaestio Domitiana, responsio Celsina**): *Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit? — Juventius Celsus Labeoni suo salutem. Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulueris, aut valde stulta est consultatio tua; plus enim quam ridiculum est, dubitare, an aliquis jure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit* (*fr. 27. D. qui test. fac. poss. 28, 1*).

§ **824**] cc) Erlöschung des Testaments. Ein Testament ist von vornherein ungültig (*testam. injustum s. non jure factum: fr. 1. D. de injusto test. 28, 3*), wenn nicht die gehörige Form bei der Errichtung beobachtet, oder aber wenn der Testator oder ein Assistent ohne *testamentifactio* war.**

α) Ein erst nachträglich eintretender Unfähigkeitsgrund, welcher eine der betheiligten Personen betrifft, z. B. Wahnsinnig oder Taubwerden des Testirers oder eines Zeugen, berührt das gültig errichtete Testament nicht (*fr. 22. § 1. D. qui test. fac. poss. 28, 1*), außer wenn er in einer *capitis diminutio* besteht, welche der Testator selbst erleidet,† denn solchenfalls *testamentum jure factum infirmatur* (*testam. irritum: Ulp. fr. 6. § 5. 6. D. eod.*); wenn, wie z. B. bei Deportationsstrafe, noch *comprobatio Principis* einzuholen ist, erfolgt erst mit dieser die *capitis diminutio*, im Fall vorherigen Ablebens des *damnatus*

*) Vergl. auch Celsus in *fr. 59. § 1. D. de hered. inst.* (28, 5): *quod totum et ineptum et vitiosum est.* **) Ueber andere Ungültigkeitsgründe, die aus dem Inhalt des Testaments herrühren, s. unten Kap. 56. †) Vergl. oben Cursus § 366 sub 3) u. § 371.

bleibt daher das Testament aufrecht: *testamentum ejus valebit, nisi mortem sibi conscivit; nam eorum, qui mori magis, quam damnari maluerint ob conscientiam criminis, testamenta irrita Constitutiones faciunt, licet in civitate decedant; quodsi quis taedio vitae vel valetudinis adversae impatientia vel jactationis (ut quidam philosophi), in ea causa sunt, ut testamenta eorum valeant (fr. 6. § 7. eod.).*

Umgekehrt bleibt ein Testament nichtig, welches ungültig errichtet ist, sollte auch der Ungültigkeitsgrund später in Wegfall kommen, z. B. das von einem *impubes* errichtete Testament wird nicht durch Mündigwerden des Testator von selbst rechtskräftig; es bedarf hier eines neuen Errichtungsactes, denn *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere (Paul. fr. 29. D. de R. J.).*

§ 825] Außer durch *capitis diminutio* des Testator, erlischt ein Testament auch β) durch Verletzung eines wesentlichen Stücks der Form, z. B. durch *turbatio signorum (fr. 22. § 3. D. qui test. fac. p. 28, 1)* — man könnte dies *test. laesum* nennen — und γ) durch Widerruf, d. h. eine die entschiedene Willensänderung ausdrückende Erklärung des Testator; eine solche hebt das bestehende Testament auf (*testam. ruptum ex voluntate testatoris*) kraft des allgemeinen Princips: *quae postea geruntur, prioribus derogant (Marcian fr. 6. § 2. D. de codicillis 29, 7);* denn wie die Errichtung ein freier und einseitiger Rechtsact ist, so auch die Zurücknahme des letzten Willens, und folglich steht diese dem Testator frei, so lange er überhaupt willensfähig ist, d. h. bis er etwa wahnsinnig wird, oder bis zum Tode: *hominis voluntas ambulatoria est usque ad vitae supremum exitum (Ulp. fr. 32. § 3. D. de don. i. V. et U. 24, 1* und *fr. 4. D. de adim. legat. 34, 4),* und dies gilt vom Testament im Ganzen, wie von den einzelnen Theilen (Dispositionen) seines Inhalts.

Der Widerruf kann geschehen a) direct: durch eine unmittelbar den Bestand des Testaments treffende Willensäußerung, namentlich also durch natürliche Entkräftung der Urkunde (*deletio, inductio, cancellatio: fr. 1. 2. D. de his quae in test. delentur 28, 4);* ob ehemals auch durch solenne Zurücknahme eines mündlichen Testaments vor Zeugen? ist nicht berichtet; b) indirect durch Errichtung eines neuen Testaments, welches, da jedes Testament als ein in sich abgeschlossenes Ganzes aufzufassen ist, das alte aufhebt, ohne Rücksicht auf Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit des Inhalts: *prius testamentum non valet, ruptum a posteriore (Gai. 2, 144).* Es konnte ein Römer wohl ein Testament in mehrern (für Eins geltenden) Exemplaren ausfertigen, nicht aber mehrere neben einander geltende Testamente (sei es gleichzeitig oder nacheinander) errichten (*fr. 1. § 5. 6. D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11*).

§ 826] b) Codicill.[12] Leicht entsteht nach Errichtung eines Testaments das Bedürfniß, weitere Dispositionen zu treffen, die der vielleicht veränderten Situation entsprechen; sind diese wichtiger Art, betreffen sie namentlich eine Erbeinsetzung: so versteht sich von selbst,

daß sie nur durch ein neues Testament Rechtskraft erlangen können; allein wenn sie nebensächlicher Art sind, so kann es als eine übermäßige Beschwerde erscheinen, dazu nochmals den ganzen Apparat der Testirsolennität aufzubieten. Oft mag daher schon in der Zeit der Republik vom Testator nachträglich dem Erben oder Legatar der Wunsch ausgedrückt, eine Bitte an's Herz gelegt worden seyn, diese oder jene Leistung zu Gunsten eines Dritten zu übernehmen: solche Zuwendung an den Dritten blieb reine Vertrauenssache, nahm gar nicht den Karakter eines Rechtsgeschäfts an, und es konnte daher dabei auch nicht die Formfrage entstehen.

Zu einer eigentlichen Rechtsfrage ward diese Sache erst, als man anfing, im Testament sich schriftliche Nachträge vorzubehalten, und der durch einen solchen Nachtrag Bedachte Anspruch gegen den Erben, bez. Legatar erhob, daß die ihm, dem Imploranten, zugedachte Leistung gemacht werde. Solche Vorbehalte zu machen und demgemäß nachträgliche Dispositionen in einfacher Scriptur (*codicilli,* auch *epistola: fr. 75. pr. D. de legat. II; fr. 37. § 2. D. de legat. III*) zu treffen, war besonders für Römer, die auf Reisen gingen, wichtig, denn in der Fremde fehlte es häufig an der genügenden Anzahl fähiger Zeugen und an der für die umständliche Solennität erforderlichen Zeit. Dieses Bedürfniß führte zu einer Rechtsbildung, welche unter dem Anstoß von Augustus und Labeo beginnend sich bald zu einer neuen Art letzten Willens gestaltete. Justinian's Institutionen berichten über den Anlaß der Codicille: *Ante Augusti tempora constat, jus codicillorum in usu non fuisse, sed primus L. Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt* (*cf. § 1. J. de fideicomm. heredit. 2, 23*), *codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid; et cum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui, auctoritatem ejus secuti, fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata, quae jure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse Prudentes, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset, et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse, propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur*" (*pr. J. de codicillis 2, 25;* dazu *Isidor. Orig. V, 24. § 14.* und *Theoph. paraphr. ad pr. J. cit.*).

§ 827] Von Augustus wurden die gerichtlich zu machenden Ansprüche aus Codicillen (Fideicommißansprüche) vorläufig vor die Consuln gewiesen, seit Claudius aber bildeten sie den Amtskreis eines besonderen Prätor. Sie wurden *extra ordinem* verhandelt; bald geschah es auch, daß hier Codille Anerkennung fanden, deren nicht im Testament gedacht war (*codicilli non confirmati: Plin. Epist. 2, 16*), und es konnte

nun vorkommen, daß von Jemandem, der ohne Testament verstarb, ein Codicill mit Aufträgen an die Intestaterben hinterlassen wurde (*Gai. 2, 270*). Man unterschied hiernach verschiedene Arten der Codicille. *Conficiuntur codicilli quatuor modis: aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum, aut per fideicommissum testamento facto* (d. h. unbestätigte Codicille, die an Testamentserben gerichtet sind), *aut sine testamento* (an Intestaterben gerichtet): *Paul. fr. 8. pr. D. de jure codicillor.* (*29, 7*); dazu *fr. 8. § 2. D. de transact.* (*2, 15*). Ein Intestatcodicill ist es auch, wenn die mit der s. g. *clausula codicillaris* (*velle hoc etiam vice codicillorum valere: Ulp. fr. 3. D. de test. milit. 29, 1*) versehene Testamentsurkunde *per conversionem** als Codicill aufrecht erhalten wird; *ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est* (*Pap. fr. 41. § 3. D. de vulg. substitut. 28, 6*). Vermöge dieser Clausel gilt der Inhalt, wie wenn er in einem Codicill angeordnet wäre (*fr. 12. § 1. D. de injusto test. 28, 3*).

Ein Codicill ist nicht ein letzter Wille von solcher Ausschließlichkeit, wie ein Testament; es können daher mehrere neben oder nach einander errichtete Codicille zugleich zur Geltung kommen. Ein Codicill erlischt durch irgendwelche Zerstörung der Urkunde, oder dadurch, daß der Erblasser nachweisbar seine Willensänderung irgendwie erklärt. In einem testamentarisch bestätigten Codicill können nicht bloß Fideicommisse, sondern auch Legate angeordnet werden (*Gai. 2, 270a*). — Eine größere Annäherung der Codicille an die Testamente fand erst in der nachclassischen Zeit Statt.

§ **828**] 2. **Gesetz.** Dieses will der Ausdruck des Familiensinns seyn, welcher in ursprünglicher Zeit sich auf dem Wege der sacralen Tradition und des Gewohnheitsrechts Geltung verschafft, später aber immer eine Stütze in dem formulirten Willen des Gesetzgebers sucht.

Ursprünglich ist es das Naturband der Blutsgemeinschaft, welches der Rechtssinn einfach hinnimmt: auf dieser Stufe stand Rom in der Zeit des ausschließlich patricischen Gentilverbandes. Dann, jemehr der Geist sich aus dem Naturleben emancipirt, gestaltet er freier und nach idealen Principien. Dieser Um- und Aufschwung scheint sich in Rom verhältnißmäßig rasch vollzogen zu haben: unter dem Einflusse plebejischer Lebensanschauung machte sich ein Reflex des Individualprincips im Familienorganismus geltend. Das Familienband ist nun nicht die Blutsgemeinschaft als solche, sondern das Band der hausherrlichen Gewalt. So tritt uns das gesetzliche Erbrecht der Römer in den XII Tafeln entgegen.

Diese von der natürlichen Basis abweichende Construction der Familie hatte nicht in der politischen Ordnung des Staats, sondern in der socialen Gestaltung des Volkes ihren Grund, d. h. sie hing nicht mit jener vermeintlichen Gentilverfassung zusammen, in welcher die ein-

*) s. oben Cursus § 464 a. E.

zelnen Familien politische Corporationen gewesen seyn sollen;[13] vielmehr entsprang sie dem Streben, das Individuum von dem Naturbande zu befreien, das Familienganze in dem einen Familienhaupte zusammenzudrängen und in ihm aufgehen zu lassen. Das ist nicht eine Folgerung aus dem Gentilverbande, sondern der Anfang eines Bruchs desselben.

§ **829**] Zufolge dieses neuen Organisationsprincips wird die *Gens* als solche in den Hintergrund gedrängt; im Vordergrunde steht nun die *patria potestas*, und diese ist eine freie Willensthat und Schöpfung des selbständigen Römers, der hier in seiner individuellen Machtvollkommenheit erscheint. Der einzelne Römer zieht sich selbst den Umkreis seines Hauses, die Grenzen seiner Familienwelt: das Haupt ist Schöpfer seines Körpers, seiner Glieder. Familie ist, was durch das Band der *patria potestas* vereint ist, im weitern Sinn Alles, was wenigstens, falls der gemeinsame Ahnherr noch lebte, unter dessen *potestas* begriffen seyn würde.

Was zu diesem Familien- oder Agnatenkreise gehören soll, das zu bestimmen hängt vom Willen des *paterfamilias* ab. Er kann das Personal durch Emancipation vermindern, durch Adoption vermehren. In der Nichtemancipation äußert sich des *paterfamilias* Wille negativ, in der Adoption positiv: darum ist die Agnatenfamilie so, wie sie vom *herus* hinterlassen wird, eben durchaus das Erzeugniß des freien Willens desselben. Dieser Gedanke, nur mäßig modificirt durch die besondere Anwartschaft der durch des Erblassers Tod *sui juris* werdenden Gewaltuntergebenen, regiert in erster Linie die Erbfolge, welche vom Gesetz anerkannt ist für den Fall, daß der Erblasser vor seinem Tode nicht selbst noch besonders seinen Willen erklärt hat. — Erst hinter dieser auf der *patria potestas* ruhenden Linie steht die Erbfolge der Gentilen.

Wir können diese Umgestaltung des Erbfolgeprincips in Parallele zu der Testamentsgeschichte bringen. Das urthümliche Princip des patricischen Gentilverbandes entspricht dem *testamentum calatis comitiis factum*, während die durch das Band der *patria potestas* bedingte Erbfolge dem Mancipationstestament entspricht. Aber auch in der folgenden Entwicklung, die wir als dritte Stufe anzusehen haben, entsprechen sich das schriftliche Testament und die Prätorische Successionsordnung.

§ **830**] Der Prätor bewirkt nämlich diese weitere Entwicklung nicht durch einen Bruch des alten Princips, sondern durch ein Ausgehen von demselben und schrittweises Erheben über dasselbe. Gleichwie er das schriftliche Siegeltestament aus dem schriftlichen Mancipationstestament sich gleichsam von selbst herausentwickeln läßt, so knüpft er zunächst auch an der Idee der *patria potestas* an, indem er die Emancipirten neben den Gewaltuntergebenen beruft.* „Durch die Gleich-

---

*) s. meine Abhandlung über den *mos Civitatis* in der Münchner krit. Vierteljahrsschrift IX (1867) S. 548.

stellung der *sui* und *emancipati* legte der Prätor den ersten Grund zu einem Erbrecht der natürlichen Descendenz. Zwar sind die Descendenten noch nicht als solche berechtigt, da ihr Erbrecht immer noch davon abhängig ist, daß sie in der Gewalt des Erblassers gewesen sind, und daß sie sich bei seinem Tode nicht in einer andern Gewalt befinden (*Gai. 2, 106. 137*), allein, wenn auch um deßwillen das Prätorische Edict durchaus noch an dem Familienbande der Potestas festhält, so ist doch schon die gegenwärtige Existenz der Gewalt nicht mehr entscheidend."[14]

Diese erste, beschränkte und schüchterne, Berücksichtigung des natürlichen Cognatenbandes, auf welcher wohl auch die Schützung des Schrifttestaments ohne Mancipationsritus vornehmlich beruhte, zeigte die Linie an, welche nun einzuhalten war. Der Fortschritt bestand darin, daß dann auch alle Cognaten als solche zur gesetzlichen Erbfolge befähigt wurden, aber freilich nur in der beschränkten Weise, 1) daß diese Berufung nur den nächsten 6, bez. 7 Graden galt, und dabei nur Gradesnähe, nicht der natürliche Vorzug der Linien berücksichtigt ward, 2) daß auch jene unbedingt den Agnaten und Gentilen (so lange der Gentilverband noch einen Rest von Geltung hatte) nachstanden, und 3) daß später betreffs des Nachlasses eines *extraneus manumissor** den Agnaten zwar Cognaten, aber nur die nächsten zehn, vorgezogen wurden.

§ 831] Vollständig verlassen wurde das familiengestaltende Princip der *patria potestas* erst in der Kaiserzeit unter dem zunehmenden Einfluß des *jus naturale*, namentlich an folgenden Punkten. Durch *Scta* und Constitutionen ward die cognatische Descendenz und dann auch die cognatische Adscendenz als solche vor den collateralen Cognaten berufen, und also der Cognatenkreis erbrechtlich gegliedert: dies hatte Bedeutung für die Frauen, deren Descendenz und Adscendenz nun (außerhalb der Manusehe) zur Erbfolge neben, bez. vor den Agnaten berufen wurden.[15]

Dieses Erbrecht kommt, als rein cognatisches, selbstverständlich auch der außerehelichen Descendenz und Adscendenz der Frau zu;** als solches gehört es rein dem *jus naturale* an und ist namentlich für das Concubinat wichtig. Hierauf aber beschränkten sich in der classischen Zeit die erbrechtlichen Folgen des Concubinats. Dem Vater gegenüber erhielten Concubinenkinder erst durch Justinian gewisse erbrechtliche Anwartschaft. —

Zu der Blutsgemeinschaft gesellt sich als familienbildender Factor die Ehe,† aber als selbständiges Princip der Erbfolge kam die Ehe bei den Römern nur langsam und spärlich zur Geltung, denn Jahrhunderte lang reihte sich das Eheweib nur als *quasi filiafamilias* in den domesticalen Successionsorganismus ein: als *quasi sua* beerbte sie neben ihren eignen legitimen Kindern ihren Gatten. Als dann neben

---

*) s. oben Cursus § 755. 798. **) s. oben Cursus § 750. †) s. oben Cursus § 385—7.

der Manusehe die freie Ehe aufkam, fand sich der Prätor bewogen, dem Gatten ein Erbrecht an des Gatten Vermögen zu gewähren, aber nur ein ganz subsidiäres, und seitdem hat es das Römische Recht nie wieder zu einer völligen Gleichstellung des Ehebandes mit dem Blutsbande gebracht; selbst unter Justinian steht die Gattin theils quantitativ, theils qualitativ hinter den Verwandten zurück.

§ **832**] Das Gesetz will den Familiensinn verwirklichen: wie der Erblasser in seinen Nachkommen fortlebt, so soll auch sein Vermögen als Ganzes übergehen auf diese, und darum werden die vom Gesetz Gerufnen Erben, d.h. vermögensrechtliche Repräsentanten des Erblassers. Der Wille des Erblassers selbst zwar mag sich individualisiren und unter Anderem auch zu Gunsten Dieses oder Jenes Einiges aus der Erbmasse absondernd Vermächtnisse aussetzen, allein solche Zuwendungen pflegen auf so individuellen, wechselnden und zweifelhaften Motiven zu beruhen, daß das Gesetz hier nicht wagen kann, des Erblassers verschwiegenen Willen zu ergänzen. Daß der Sterbenden Vermögen Erben finde, liegt im Interesse geordneten Rechtsgangs; daß Jemandem aus dem Nachlaß ein einzelner Vermögensvortheil zufließe, ist ohne Interesse für den Verkehr. Daher fehlt es dem Römischen Recht an einem System gesetzlicher Vermächtnisse, und es ist weise und gesunde Oekonomie des Rechtssinns der classischen Zeit, daß ihm diese Erscheinung im Allgemeinen — abgesehen von dem eigenthümlichen Gebilde der *Quarta Divi Pii: fr. 2. § 1. D. fam. herc. 10, 2; fr. 1. § 21. D. de collat. 37, 6* — fremd blieb, obwohl sich gegen ihre civilistische Denkbarkeit nichts einwenden läßt, und sie gleichsam durch die logische Symmetrie gefordert zu seyn scheint.

Auch im nachclassischen Recht sind gesetzliche Vermächtnisse nur sporadische Erscheinungen geblieben, so die Anwartschaft auf den Antheil des unbeerbten *socius liberalitatis imperialis* seit Constantin (a. 315: *l. un. C. si liberalitatis 10, 14*), und einige von Justinian beliebte Erbbegünstigungen der armen Wittwe und Concubine.[16]

§ **833**] II. Das Verhältniß der Successionsgründe zu einander wird 1) durch das Uebergewicht des einen Successionsgrundes, nämlich des letzten Willens, bestimmt. Hiernach kommt eigentlich die gesetzliche Erbfolge nicht in Frage, wenn der Erblasser letztwillig disponirt hat, und das ganze Römische Erbsystem ruht auf dem Gedanken, es sei Regel und gewissermaßen Pflicht eines *diligens paterfamilias*, nicht *intestatus* aus dieser Welt zu gehen. Es wird freilich vom Erblasser erwartet, daß er sich nicht in lieblosen Widerspruch mit dem Familienkreis setze,* der zu ihm gehört, allein im Großen und Ganzen erscheint die gesetzliche Erbfolge den Römern eben als Intestaterbfolge: in diesem Ausdruck liegt der Gedanke der Subsidiarität deutlich vor, der ebenmäßig betreffs der *tutela testamentaria* und *legitima* durchgeführt ist (s. z. B. *fr. 11. D. de testam. tutela 26, 2*).

*) s. unten Cursus § 834 ff.

2) Uebrigens ist das Verhältniß das der Ausschließlichkeit. Es liegt dies in dem Grundgedanken des testamentarischen Erbrechts bei den Römern. Hiernach ist dem *paterfamilias* anheimgegeben, sich gewissermaßen eine Erbfamilie künstlich zu zeugen und in denen civilistisch fortzuleben, in denen er fortleben will: ein Gedanke, der z. B. auch in dem Unterschied der *sepulcra familiaria* und *hereditaria* zu Tage kommt (*fr. 5. D. de relig. 11, 7*). So mußte es dem ächten Römer wie eine civilistische Stylmengerei erscheinen, wenn zwei Familienkreise, der testamentarische und der etwa davon verschiedene natürliche, würden neben einander zur Erbschaft gerufen werden, und Pomponius sagt demgemäß: *jus nostrum non patitur, eundem et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est* (*fr. 7. D. de R. J.;* dazu *§ 5. J. de hered. inst. 2, 14*). Entweder hat der Erblasser gesprochen, d. h. testirt, oder er hat nicht gesprochen; ersternfalls schweigt das Gesetz, — auch dann wenn der Testirwille nicht über die ganze Erbmasse verfügt hat: der ausgesprochene nicht erschöpfende Wille ergänzt sich aus sich selbst, und folglich erhöhen sich die ausgetheilten Portionen wie durch einen Naturproceß der Accrescenz, es erhält z. B. der eingesetzte Erbe, der keine Miterben hat, das Ganze.

Beides, das Princip der Subsidiarität und das der Incompatibilität, liegt angedeutet bereits in dem Erbrechtssatze der XII Tafeln: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto!* einem Satze, welcher von dem rein haltenden und streng scheidenden Rechtssinn der Römer gezeugt ist, und nicht erst durch seinen Wortlaut wie durch einen Zufall jene strenge Theorie gezeugt hat.[17]

§ **834**] B. **Die außerordentlichen Successionsgründe.** I. Notherbfolge. Man kann die Intestaterbfolge in eine primäre und eine subsidiäre sondern; jene geht dem etwa vorhandenen Testament vor, diese tritt nur in Ermangelung eines solchen ein: s. g. Notherbrecht (*successio contra tabulas*) und einfaches Intestaterbrecht (*succ. ab intestato*). Dort muß ein Widerstand, der entgegengesetzte letzte Wille des Erblassers, überwunden werden, hier hat dagegen der gesetzliche Successionsgrund freie Bahn. So ist das eine das qualificirte, das andere aber das einfache gesetzliche Erbrecht.

Das Notherbrecht ist ein Sieg, den nach beginnender Ausartung des Privatwillens der unter der Aigide des Gesetzgebers erstarkende Familiensinn über den Privatwillen gewinnt, und der sich entschiedener und tiefer einschneidend geltend macht, als die unten darzulegende Regel, wonach unter den Nachkommen die *sui* die ihnen zukommende Erbschaft *ipso jure* erwerben. Dieser Sieg kann sich auf verschiedene Weise kund thun: 1) es wird anerkannt, daß gewisse nahe Angehörige einen Anspruch haben auf den Ehrentitel und Namen eines Erben, sei es nun, daß dies nur in der bescheidenen Weise eines Rechts, nicht ungenannt zu bleiben im Testament, oder in der volleren Weise, nur

unter Voraussetzung eines legalen Enterbungsgrundes ausgeschlossen zu werden, anerkannt ist: ersteres ist der Fall des classischen, letzteres der Fall des Justinianischen Rechts; 2) es wird anerkannt, daß gewisse nahe Angehörige, abgesehen von der ihnen etwa zukommenden oder nicht zukommenden Erbenqualität, Anspruch auf eine materielle Zuwendung aus der Erbschaft haben, sei es nun, daß dieser Anspruch schlechthin gegeben oder von besonderen Umständen abhängig ist. Auch diese Fälle finden wir im Römischen Recht.

Die Annahme sub 1) wird als formelles Notherbrecht oder Notherbrecht im engern Sinn, die Annahme sub 2) als materielles Notherbrecht oder Pflichttheilsrecht bezeichnet. Beide Systeme wollen die Familie gegen Willkür des Einzelnen in Schutz nehmen: das erstere aber gewährt nur indirect, das zweite direct Schutz; dort wiegt die ideale, hier die naturale Seite des Familieninteresse vor. Der Uebergang vom ersteren zum zweiten System entspricht der zum Naturalismus geneigten Zeit des Kaiserthums.*

Das Notherbrecht in diesem ganzen weiteren Umfang fällt nicht unter den Begriff der einfachen Berufung (*delatio),* sondern bildet neben derselben einen besonderen Erbtitel, denn theils ruht es auf besonderen Voraussetzungen, und theils weicht es von der einfachen gesetzlichen Delation in den Rechtswirkungen erheblich ab.**

§ **835**] Der Gedanke des formellen Notherbrechts ist in seinen wichtigsten Stücken eine Schöpfung aus der Zeit der Republik. Seitdem das schriftliche Mancipationstestament mit seinem geheimen Inhalt üblich geworden war, entstand das Bedürfniß im Leben, die Familie durch ein System von Exheredationsformalitäten zu schützen, daher erst seitdem — im 3. Jahrh. v. Chr.? — die Ausbildung des formellen Notherbrechts anzunehmen ist.[18] Bis in die Kaiserzeit hinein arbeitete die Jurisprudenz am sorgfältigen Ausbau des Gedankens, daß der Erblasser seine nähern Intestaterben nicht einfach präteriren, sondern höchstens ausdrücklich exherediren dürfe, und „die feindselige Stellung, welche das *jus civile* gegen die Exheredation durch Formen und Beschränkungen einnahm, erfuhr noch eine Steigerung durch das Prätorische Edict,"[19] denn der Prätor begnügte sich nicht damit, die *emancipati* in Betreff der Präteritionsfrage den *sui* gleich zu stellen, er führte auch weitere Vorschriften in Betreff der Exheredation der *sui* und *emancipati* zugleich ein, indem er das Erforderniß namentlicher Enterbung auf die ganze männliche Descendenz und die volle Wirkung der Testamentsanfechtung auf alle Notherben, auch die ohne Benennung ausschließbaren, erstreckte.

Das vom Prätor in solcher Ausdehnung gewährte und das Civilrecht im Geiste der Zeit ergänzende Notherbrecht hieß *bonorum possessio contra tabulas*.[20] Wir haben anzunehmen, daß in ihr die letzte (dritte) Hauptstufe des Prätorischen Erbrechts vorliegt. Die Be-

---

*) s. Excurse S. 356. **) s. unten Cursus Kap. 58.

schränkung der *ultima voluntas* eines Römers war etwas so Ungeheures und der altnationalen Sitte so Entgegengesetztes, daß hier der Prätor am längsten gezögert haben dürfte, einzugreifen. Es war ein weiter Weg: von dem Bemühen, dem letzten Willen eines Römers zu Hülfe zu kommen,* bis zu dem Wagniß, den letzten Willen eines Römers zu brechen; wenn jenes der Anfang, war dieses der Schluß der Entwicklung und nun die Kreislinie des formellen Notherbrechts beendet. Daß ein Römer das Kind, das er willkürlich emancipirt hat — ja auch dessen Kind — nicht willkürlich im Testament übergehen dürfe, ist der deutlichste Fingerzeig auf eine neue Zeit und eine neue Frage.

§ 836] Das Neue aber bestand in einem ganz neuen Ausgangs- und Standpunkt. Die *juris subtilitas* war gewahrt, wenn der Notherbe als Erbe anerkannt, aber kein ökonomischer Gewinn aus dem Nachlaß gesichert war; gerade hierauf nun legte ein Geschlecht, das Luxus, Genuß, Reichthum und mühelosen Erwerb liebte, immer größeres Gewicht, und gerade bei den reichsten Erblassern mochte oft der Ehrentitel eines Erben weniger erwünscht seyn, als der Gewinn der hinterlassenen Güter. So brach sich *ex aequitatis et humanitatis ratione* in der Praxis des Centumviralhofs** (*Plin. Epist. 6, 33; Valer. Max. VII, 7. § 1. 2; fr. 13. 17. D. de inoff. test. 5, 2*) die Einrichtung des materiellen Notherbrechts Bahn, etwa[21] seit dem Ausgange der Republik (*Cic. de orat. 1, 38,* wo die *querela inofficiosi testamenti* vermißt wird, — in *Verr. II, 1. c. 42* und *pr. Rosc. Am. 18. 19,* wo sie angedeutet scheint).†

Aber die Form, in welcher diese Neuerung geschah, trug noch immer etwas von dem Gepräge des Römischen Geistes an sich: die Verletzung des *officium pietatis* ward unter dem idealen Gesichtspunkt einer Beschimpfung, also einer gegen den Uebergangenen verübten *injuria* aufgefaßt (*fr. 4. D. de inoff. test. 5, 2*) und auf den Verdacht, daß sie aus Eingebung blinder Leidenschaft (*color insaniae: fr. 5.* und *17. § 1. D. eod.*) entsprungen sei, zurückgeführt. Hiermit war nicht bloß im Allgemeinen ein rechtliches Princip für die Anfechtung liebloser Testamente (*querela inofficiosi testamenti*) gewonnen, sondern zugleich eine angemessene Schranke um den exorbitanten Satz gezogen (unverdiente Vernachlässigung), und die Art des innerhalb dieser Schranke gewährten Rechtsmittels festgestellt. „Der Zweck der Querel war nach ihrem Grunde Genugthuung für die verletzte Ehre des Klägers, das Mittel, welches sie ihm dazu gewährte, die Verfolgung seines Intestaterbrechts. Aus jenem Zweck und aus der Natur des Mittels, welches ihm diente, ließen sich die weiteren Bedingungen und Folgen der Querel mit Leichtigkeit feststellen.“[22]

§ 837] Diese Querel kann in mancher Hinsicht mit der gleichfalls

---

*) s. oben Cursus § 820. **) s. oben Cursus § 222. 351. und Excurse S. 96.
†) s. meine Abhandlung in der Münchner krit. Vierteljahrsschrift IX S. 589.

allerhand sittlichen Momenten Raum gebenden *actio rei uxoriae* verglichen und als ein jüngeres Schwestergebilde derselben bezeichnet werden;* allein während bei dieser das *bonum et aequum* mehr in festen juristischen Rahmen genöthigt wurde,** blieb der *querela inofficiosi* ihr freier Karakter einer moralischen Censur, und demgemäß der Name „*querela*“ als ein Unicum im classischen System der Rechtsmittel, die sonst nicht „Klagen“, sondern „Handlungen“ (*actiones*) zu nennen dem Römergeist beliebte.

Dieses Pflichttheilsrecht naher Angehöriger bewegte sich von Anfang her auf einem neutralen Boden; während im Bereich der einfachen Intestaterbfolge noch immer die Agnation eine gewisse Superiorität über die Cognation behauptete, war die Querelbefugniß völlig unabhängig von dem Verwandschaftsprincip. Die Ausbildung der Querel gehört einer Zeit an, in welcher Civilrecht und Prätorisches Recht bereits ineinander zu fließen begannen: für die Bestimmung des Kreises der querelberechtigten Personen war der Gesichtspunkt des Prätor, welcher die Cognaten den Agnaten möglichst gleich zu stellen suchte, für die Bestimmung des Pflichttheils aber das civile Recht der *lex Falcidia* maßgebend.[23]

§ 838] II. Analogien der erbrechtlichen Succession. In anderem Sinn, als das Notherbrecht, stehen gewisse andere Wendungen, welche das Schicksal eines Nachlasses erfahren kann, außerhalb des Systems der ordentlichen Erbberufung und Erbfolge. Es sind sechs Fälle zu nennen, deren je zwei gruppenweise zusammentreten.

1. Die erste Gruppe umfaßt die *usucapio* und *in jure cessio hereditatis*,† zwei Institute, welche hauptsächlich der Zeit der Republik angehören und da zur Ergänzung der unvollkommenen Erbordnung des Civilrechts dienen. Jene verschwindet mit Ausgang der Republik ganz, diese erhält sich bis in die Zeit der classischen Jurisprudenz, ja findet sich noch in Justinian's System vor (*fr. 4. § 28. D. de doli exc. 44, 4; l. 1. C. de revoc. his 7, 75*).

Die *usucapio hereditatis* gewährte den Cognaten die Füglichkeit, Erben zu werden, falls ihnen kein Civilerbe zuvorkam, und beschleunigte zugleich die Fortsetzung der *sacra familiae* (*Cic. de leg. 2, 20*), da die Usucapionsfrist nicht mehr als Ein Jahr betrug. In der Kaiserzeit war nur noch die Möglichkeit einer *usucapio* einzelner *corpora hereditaria* anerkannt, und auch diese *lucrativa usucapio* wurde seit Hadrian der *hereditatis petitio* des eigentlichen Erben gegenüber nicht mehr anerkannt (*Gai. 2, 52—58*).

Die *in jure cessio hereditatis* ward nur einem Intestaterben gestattet und mußte vor dem Erbantritt geschehen, um den Cessionar mit voller Wirksamkeit zum Erben zu machen (*Gai. 2, 35. 36; Ulp. 19, 14*). In der Kaiserzeit scheint allmählich die *venditio hereditatis*,

*) Vergl. die angef. Abhandlung S. 533. **) s. Cursus § 788. 789. †) Vergl. die Excurse zu Kap. 42—44. No. V.

welche die einzelnen Stücke ohne Erbqualität auf Andere übertrug, an die Stelle getreten zu seyn.

§ **839**] 2. Die zweite Gruppe umfaßt die Fälle der s. g. Incapacität und Indignität;* sie ist aus dem System der *lex Julia et Papia Poppaea*** nebst anschließenden Gesetzen der Kaiserzeit hervorgegangen. Es wurden nämlich zum Nachtheil gewisser Personen, die übrigens *testamenti factio* (*passiva*) hatten, Schranken für den Erwerb aus Erbschaften gezogen: *Latini Juniani,* sowie *Coelibes,* auch *mulieres probrosae* (*Suet. Domit. 8*) sollten, wenn nicht innerhalb gewisser Zeit der Mangel gehoben ward, *incapaces* seyn, d. h. letztwillige Zuwendungen gar nicht, *orbi* aber nur theilweise (*incapaces pro parte*) erwerben (*Ulp. fragm. 22, 3. 8. 16; Gai. 2, 111. 144. 286. 286 a; l. 23. pr.— § 3. C. de nupt. 5, 4*); b) solche, die sich lieblos gegen den Erblasser oder sonst einer Beehrung aus dessen Nachlaß unwürdig (*indigni*) gemacht haben, sollten den Vortheil, der ihnen sonst letztwillig oder *ab intestato* zugekommen wäre, zum Besten Anderer einbüßen (*tit. Dig. de his, quae ut indignis auf. 34, 9*).

In den Fällen der Incapacität hieß die versagte Gabe *caducum* — wenn aber der Hinderungsgrund bereits vor des Erblassers Tode entstanden war, *in causa caduci,* weil hier die Delation selbst kraftlos ist und daher nur uneigentlich von einem Hinwegfallen (*cadere ab honorato*) die Rede seyn kann. In den Fällen der Indignität hießen die Nachlaßtheile, welche dem Berufenen entzogen wurden, *bona ereptitia s. ereptoria.*

Das *caducum* oder was *in causa caduci* war, kam entweder vermöge des Accrescenzrechts oder aber nach dem besonderen Recht der *caducorum vindicatio cum onere* den Miterben, subsidiär dem Aerar, später dem Fiscus zu (*Ulp. 17, 1. 2; fragm. de jure fisci § 3*); war der *incapax* ein *heres ex asse,* so trat Intestaterbfolge ein. Das Ereptionsrecht, welches gegen den *indignus* begründet ist, konnte vor und nach dem Erwerb geschehen (Vereitelung des Erwerbs, Entreißung des Erworbenen) und verschaffte dem Berechtigten das Entrissene in derselben Weise, wie es dem *indignus* deferirt war; jener stand also dem *heres* gleich, obwohl er nicht eigentlicher *heres* werden konnte, wenigstens dann nicht, wenn die Entreißung erst nach dem Erbantritt erfolgte. Ereptionsberechtigt waren theils die Onerirten, Mithonorirten und Intestaterben, theils namentlich der Fiscus (*Ulp. 19, 17*).

Die Incapacitätsfälle wurden in der christlichen Kaiserzeit beseitigt, während die Indignitätsfälle in das Justinianische Recht übergegangen sind.

§ **840**] 3. Die Fälle der dritten Gruppe haben eine ganz subsidiäre Bedeutung im System der Erbfolge. a) Das Recht des Staats auf die *bona vacantia,* d. h. die Erbschaften, zu denen sich kein Erbe findet. Seitdem die *usucapio hereditatis* veraltete, mußte das Schicksal

---

*) s. ebendas. No. VI. **) s. oben Cursus § 299 u. Excurse S. 257—260.

erbloser Güter neu geordnet werden; dies geschah durch die *lex Julia caducaria,* welche solche Güter dem Aerar zusprach (*Gai. 2, 150; Ulp. 28, 7*); später fielen sie an den Fiscus (*fr. 96. § 1. D. de legat. I*). Der Staat erwirbt *ipso jure* und *cum suo onere;* er steht *loco heredis.* Er kann aber ausschlagen, welchenfalls durch die Erbschaftsgläubiger *bonorum venditio* herbeigeführt wird.

b) Nach einer Constitution des Marc Aurel (dessen Wortlaut s. *§ 1. J. de eo cui libertatis c. 3, 11*) sollte, um die letztwillige Anordnung von Freilassungen aufrecht zu halten, die Erbschaft, von deren Antretung dies abhängt, falls kein testamentarischer oder Intestaterbe sich dazu findet, demjenigen Erbschaftssklaven oder fremden Sklaven oder Freien zugesprochen werden, welcher unter Bürgenstellung gelobt, die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen. Diese *addictio bonorum libertatium tuendarum* (*conservandarum*) *causa* verschaffte denen, welchen directe Freiheit bestimmt war, sofort Freiheit, verpflichtete den Uebernehmer zur Freilassung der fideicommissarisch Freizulassenden, machte den Uebernehmer *heredis loco* (genauer: *bonorum possessoris loco*) und verhütete so die *bonorum venditio* (seiten der Gläubiger). Uebernahm der Staat selbst eine solche Erbschaft, so lag ihm —, verkaufte er dann die Erbschaft, dem *emtor hereditatis* dieselbe Verpflichtung ob (*fr. 1—4. § 7. 8. 12. 15. 16. 21. D. de fideicommissar. libertat. 40, 5*): *ergo sive jacent bona fisco spernente, sive agnoverit, Constitutio locum habet* (*Ulp. fr. 4. § 17. eod.*).[24]

Literatur: 1) So J. H. Dernburg Beitr. z. Geschichte d. Röm. Testam. (Bonn 1821) S. 16. Becker Röm. Alterth. II. S. 369. Lange Röm. Alterth. I. (2. Aufl.) § 36. S. 158. — 2) So Mommsen Röm. Gesch. I. (4. Aufl.) S. 156. Ihering Geist d. R. R. I. (2. Aufl.) § 11b. S. 145; § 14. S. 204. Köppen Syst. d. heut. Röm. Erbrechts I. (Jena 1862) S. 13. — 3) Anders die gewöhnliche Ansicht; Puchta Curs. d. Inst. III. § 306 vermuthet, daß die Erbeinsetzung immer eine Adoption enthielt. — 4) Köppen I. S. 10. — 5) Wie Köppen I. S. 55 annimmt, der den Entstehungsanlaß in der Bequemlichkeit der neuen Form findet. — 6) Bachofen Ausgew. Lehren d. Röm. Civilrechts (Bonn 1848): Gesch. u. letzte Gestalt des Mancipationstestaments S. 245. — 7) Köppen I. S. 66. 67. Leist d. *bonorum possessio,* ihre geschichtliche Entwicklung u. heutige Geltung (Gött. 1844. 1848) I. S. 143 ff. II. 1. S. 266. 267. II. 2. S. 80—113. — 8) v. Savigny Beitr. z. Gesch. d. Röm. Testam. in d. verm. Schriften I. S. 127 ff. Gans d. Erbrecht in weltgesch. Bedeutung II. S. 134. Ders. Scholien zu Gaius S. 284. — 9) v. Savigny S. 143. Köppen I. S. 68. — 10) Ihering II. § 46 (2. Aufl. S. 510) Anm. 682. — 11) Ders. II. § 29 (2. Aufl. S. 97). Köppen I. S. 81. Anm. 195. — 12) Bachofen Ausgew. Lehren S. 316—321. Fein d. Recht der Codicille 2 Thle. (Erlang. 1851. 1853: auch als Thle 44. 45 des Glück'schen Commentars). Mayer Von den Legaten und Fideicommissen (Tüb. 1854) I. S. 59—108. Köppen I. S. 84. — 13) So noch Ihering I. S. 163 ff. (2. Aufl. S. 179 ff.) u. Köppen I. S. 3. Dagegen s. Lange Alterth. I. S. 201. u. Kuntze Excurse üb. R. R. S. 51. — 14) Köppen I. S. 31. — 15) Ders. S. 33. — 16) Ders. S. 39. 136. 140. — 17) Verschiedene Erklärungen jenes Incompatibilitätsprincips s. bei Thibaut civilist. Abhandlungen No. 5. Dernburg Beitr. z. Gesch. d. Test. S. 302 ff. Gans II. S. 451 ff. Huschke i. Rhein. Mus. VI. No. 3. Lassalle Syst. d. erworb. Rechte, Bd. II: das Wesen d. Röm. u. germ. Erbrechts in histor.-philosoph. Entwicklung S. 247 ff. 263 ff. 488 ff. Köppen S. 13. 273. Ihering III. S. 141. — 18) Köppen S. 64. 96 ff. Schmidt d. formelle Recht d. Notherben (Leipz. 1862) S. 17. Praxis des Centum-

viralgerichts? s. Schmidt S. 7. Einfluss der *ruptio testamenti agnatione postumi*? s. Schmidt S. 8. — 19) Köppen S. 101. — 20) Fabricius histor. Forschungen im Gebiete d. Röm. Privatrechts. Heft 1: Ursprg. u. Entwicklg. der *Bon. Poss.* bis z. Aufhören des *ordo judic. publ.* (Berl. 1837) S. 80ff. Leist II. S. 28ff. 219ff. — 21) Köppen I. S. 108. Anm.: „Wahrscheinlich half auch hier zuerst Augustus, und dem Beispiel des Kaisers folgten dann die Prätoren und schließlich das Centumviralgericht. Bei Valer. Max. (VII, 7. § 3. 4. 5) werden 2 Fälle berichtet, in denen Augustus exheredirten u. präterirten Kindern durch Decret die Erbschaft gewährte, u. ein Dritter, wo der Prätor Calp. Piso dem enterbten Vater die *bon. poss.* ertheilte und den Testamentserben die Erbschaftsklage versagte". Dazu Schmidt R. d. Notherben S. 69. Anm. 10. — 22) Köppen S. 113. — 23) Ders. S. 129. — 24) Ueber *bona vacantia* s. v. Schröter i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. X. No. 3. u. Schneider d. altcivile u. Just. Anwachsungsrecht bei Legaten u. die caducarischen Bestimmungen der *lex Julia et Papia* (Berl. 1837) S. 152ff. — Ueber *bon. lib. tuend. gratia addicta* s. Arndts i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XIX. No. 1. u. Francke exeg.-dogm. Commentar üb. d. Pandektentitel *de hered. petitione* I. Abth. (Gött. 1864) S. 7.

LIV. Kapitel.

III. Die Successionsmomente.

§ 841] A. Allgemeines. Der entscheidende Zeitpunkt, um welchen sich in jedem Fall die Successionsfrage bewegt, ist der Tod des Erblassers, denn *viventis hereditas non datur*, im Augenblick des Todes werden die *bona* (Vermögen) zur *hereditas* (Nachlaß, Hinterlassenschaft). Daher kann nur, wer in diesem Augenblick noch am Leben ist, als successionsberechtigt in Frage kommen, erst mit dem Tode des Erblassers gestaltet sich die Anwartschaft und Aussicht, die vielleicht schon lange vorher begründet war, zu einem Recht der in Frage kommenden Person.

Aber dieses Recht ist noch nicht ohne Weiteres ein erworbenes Vermögensrecht, d. h. der Inhalt des Successionsrechts bildet noch nicht einen objectiven Bestandtheil im Vermögen des Successionsberechtigten, denn das Successionsrecht beruht zunächst lediglich auf dem einseitigen Willen des Erblassers, bez. der subsidiären, d. h. des Erblassers Willen ersetzenden Vorschrift des Gesetzes, und Niemand soll ohne seinen Willen eine Veränderung, auch nicht eine Bereicherung seines Vermögens erfahren: der eigne Entschluß des Erwerbenden soll über den Erwerb entscheiden, erst durch diesen vollendet und fixirt sich also das Successionsrecht zu einem Recht im Vermögen des Rechtsfolgers, der nunmehr Erbe im wahren Sinn heißt, und es geht so die *facultas acquirendi* in actuelles Erbrecht, die *delatio* in *acquisitio* über. Dies ist die Regel für die erbrechtliche Universal- und Singularsuccession.[1]

Bei der Rechtsfolge auf Grund letzten Willens aber kommt noch ein anderer früherer Zeitpunkt in Betracht: der der Errichtung des letzten Willens, denn in diesem Augenblick formirt sich die Thatsache des Willens, welche dann im Todesfall den Rechtsgrund der Erbfolge abgeben soll; entsteht nun diese Thatsache in einem Augenblick, wo sie, wenn der Testator plötzlich verstürbe, absolut unwirk-

sam seyn müßte, so erscheint sie als mit einem *vitium* behaftet und nichtig; eine an sich nichtige Thatsache aber kann nicht durch nachherigen Wegfall des Hindernisses von selbst zu einem Rechtsgrund, aus einem Nichts zu einem Etwas, werden. *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit* (*Paul. fr. 29. D. de R. J.*)* — *Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint* (*Javol. fr. 201. eod.*). Auch dieser Satz gilt für Universal- und Singularsuccession gleichmäßig.

§ 842] Hieraus ergibt sich in Ansehung der Fähigkeit, einen erbrechtlichen Erwerb aus der Erbschaft zu machen, das Erforderniß, daß der letztwillig Bedachte im Augenblick der Testamentserrichtung, des Todes des Erblassers und der Erwerbshandlung *testamentifactio passiva*** haben muß (s. g. *inspectio trium temporum*); für den Intestaterben kommen selbstverständlich nur die zwei letzteren Zeitpunkte in Betracht. Eine vorübergehende Unfähigkeit zwischen der Errichtung des letzten Willens und dem Tode des Erblassers steht aber dem Erwerb nicht entgegen, weil der bis zum Tode andauernde Wille des Erblassers gleichsam die Kluft ausfüllt — wogegen die Fähigkeit, zu erwerben, vom Tode des Erblassers bis zum Erwerbsmoment ununterbrochen seyn muß. *In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum iis testamentifactio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et cum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione heres institutus sit. Nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem; medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus* (*Florent. fr. 49. § 1. D. de hered. instit. 28, 5*). *Filio, qui mortis tempore matris civis Romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutem deducatur, legitima hereditas non defertur, nec si postea liber factus sit; nisi forte servus poenae effectus beneficio Principis sit restitutus* (*Ulp. fr. 1. § 4. D. ad Sct. Tertull. 38, 17*).

Eine besondere Bedeutung hat der Zeitpunkt der Erwerbshandlung noch durch mehrere Gesetze (*lex Papia Poppaea, Junia Norbana* und eine Constitution Domitian's) erhalten, indem durch dieselben vorgeschrieben wurde, daß die letztwillig Bedachten, auch wenn sie *testamenti factio* haben sollten, in gewissen Fällen (nämlich als *caelibes* und *orbi*, als *latini Juniani*, als *mulieres probrosae*) doch nicht die Zuwendung annehmen (*capere*) dürften. Diese *incapacitas*† hob nicht die *testamenti factio* auf und stand daher nicht der Delatio entgegen,[2] vielmehr konnte der Bedachte noch erwerben, auch wenn erst nach der Delation, aber vor dem Zeitpunkte des Erwerbs der Hinderungsgrund wegfiel; es konnte daher letztwillig auch eine Zuwendung auf den Fall

*) s. oben Cursus § 461. **) s. unten Cursus § 883. †) Vergl. Cursus § 833 und Excurse zu Kap. 52—54. No. VI.

und die Zeit dereinstigen Capax-Werdens (*fr. 62. pr. D. de hered. inst. 28, 5)*, sowie eine Zuwendung mit der Auflage der Restituirung an einen Dritten (*fr. 42. D. de legat. II*) angeordnet werden. — Außerdem unterschied sich die Folge der Successionsunfähigkeit von der Incapacität darin, daß die vacante Zuwendung ersternfalls (durch Accrescenz oder successive Delation) den anderweitigen Erben oder Honoraten, andernfalls bestimmten im Gesetz aufgeführten Personen zufallen sollte (*Ulp. fragm. 17, 1*).

§ **843**] Der Dualismus der Momente: Delation und Acquisition, verliert einen Theil seiner Bedeutung in folgenden zwei Fällen:

1) Ein *Suus* steht in einem engeren Verhältniß zu dem Vermögen des Gewalthabers, als ein *extraneus*, und dies macht sich im Todesfall dadurch geltend, daß er *ipso jure*, d. h. augenblicklich und ohne Erwerbshandlung Erbe wird: hier ist daher die Delation kein selbständiges Moment, durch welches die Acquisition erst vorbereitet würde, und man kann sagen, daß Delation und Acquisition unterscheidungslos ineinander fallen.

2) Der zur Anfechtung eines lieblosen Testaments befugte Pflichttheilsberechtigte* steht gleichfalls außerhalb des eigentlichen Delationssystems, denn er selbst tritt nicht einfach als Intestaterbe auf, und das anfechtbare Testament, das an sich nicht ungültig ist, begründet zunächst die testamentarische Delation zu Gunsten der Honorirten. Die Bedingungen der Delation kommen für den Pflichtheilsberechtigten nur insofern in Betracht, als er erst dann, wenn diese an sich gegeben wären (Tod des Erblassers), sein Anfechtungsrecht ausüben kann. So lange er dies nicht ausübt, ist den Honorirten deferirt, nicht dem Pflichttheilsberechtigten; sobald aber dieser anficht, erwirbt er auch, indem dann nur die *pronuntiatio juris* noch durch den Ausgang der angestellten Querel bedingt ist (*fr. 8. § 16. D. de inoff. test. 5, 2*).

§ **844**] B. Die einzelnen Zeitpunkte. I. Erster Zeitpunkt (Errichtung des letzten Willens). Abgesehen davon, daß die subjectiven und formellen Erfordernisse der Errichtung in der Person und dem Acte des Erblassers vorhanden seyn müssen, damit der Act wirksam werden könne, ist dazu auch erforderlich, daß der Inhalt des letzten Willens im Augenblick der Errichtung rechtsbeständig ist (s. oben § 841 a. E.). Dieser Satz ist nicht bloß in besonderer Anwendung auf Erbeinsetzungen ausgesprochen (*Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest: Licinn. Rufin. fr. 210. D. de R. J.*), sondern schon von den Römischen Juristen seit Cato ausführlich auch betreffs der Aussetzung von Legaten begründet worden, indem hier sonst hätte fraglich seyn können, ob nicht der Zeitpunkt des Todes des Erblassers oder gar erst des Erbschaftsantritts entscheidend sei: diesen Zweifel sollte die *regula Catoniana* heben;[3] *Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere* (*Cels. fr. 1.*

*) s. oben Cursus § 837.

pr. D. de reg. Cat. 34, 7); siquidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescit (Ulp. fr. 41. § 2. D. de legat. I).

Der Inhalt des letzten Willens nun ist nicht rechtsbeständig, 1) wenn dem Bedachten die *testamenti factio passiva* fehlt: diese muß, wie der Erbe, so der Legatar schon im Augenblick der Errichtung des letzten Willens haben; 2) wenn das Legat dem eignen Sklaven des Testator, oder einem Gewaltuntergebenen des Erben ausgesetzt ist; 3) wenn die legirte Sache *extra commercium* oder eigne Sache des Legatars ist. In diesen Fällen bleibt die Erbeinsetzung oder Legirung ungültig, auch wenn das Hinderniß wegfallen sollte — ausgenommen wenn die letztwillige Verfügung eine suspensiv bedingte ist, und zur Zeit des Bedingungseintritts das Hinderniß weggefallen ist[5]: *Placet, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere* (*Ulp. fr. 4. D. de reg. Cat. 34, 7;* dazu *Pap.* in *fr. 3. eod.?!*) — *si sub conditione legetur, poterit legatum valere; purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non; quia ad conditionalia Catoniana non pertinet* (*Ulp. fr. 41. § 2. D. de legat. I.*); *mea res sub conditione legari mihi potest, quia in hujusmodi legatis conditionis expletae tempus spectari oportet* (*Paul. fr. 98. D. de condit. 35, 1*).

Die Neuerung der *lex Papia Poppaea,* wonach der *dies legati* regelmäßig erst *post apertas tabulas,* nicht aber im Momente des Todes cedirt, beseitigte die *regula Catoniana* nicht; auch kam für den durch dieses Gesetz eingeführten Capacitätsbegriff der Zeitpunkt der Errichtung des letzten Willens nicht in Betracht[6]: *regula Catoniana ad novas leges non pertinet* (*Ulp. fr. 5. D. de reg. Cat. 34, 7*).

§ 845] II. Zweiter Zeitpunkt (Tod des Erblassers). 1. *Delatio s. vocatio.* Gleichmäßig gilt für letztwillige und gesetzliche Erbfolge die Regel, daß, wer ein Recht hat, Erbe zu werden, dies nicht *ipso jure* mit dem Tode des Erblassers, sondern erst kraft eigner Entschließung und Erklärung wird, m. a. W. mit dem Tode des Erblassers erfolgt Berufung zur Erbschaft, *hereditas s. successio defertur alicui, vocatur aliquis ad hereditatem.* Das Recht der Berufenen besteht in der rechtlichen Möglichkeit, nach seiner Wahl zu erwerben oder abzulehnen (*liberum arbitrium adeundae hereditatis: Jul. fr. 89. D. de legat. I*): *delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi* (*Ter. Clem. fr. 151. D. de V. S.*). *Is potest repudiare, qui et acquirere potest* (*Paul. fr. 18. D. de acquir. hered. 29, 2;* dazu *Gai. 2, 169*).

Der Delationszustand ist, als ein auf individuelle Entscheidung abzielender, höchst persönlicher Natur; daher a) geht das Entscheidungsrecht mit dem Tode des *vocatus* unter, und es findet keine erbrechtliche *successio in delationem* oder Transmission Statt: *hereditas delata quidem, sed nondum acquisita, non transmittitur ad heredes* (*Paul. Sent. rec. I, 13. § 10; l. un. § 5. C. de caduc. toll. 6, 51*); b) ist dem Gewaltuntergebenen Jemandes deferirt, so hängt das Erwerbungsrecht an der Person des *vocatus,* der freilich dabei vom *jussus* des Gewalthabers abhängig ist und dem

[6]) Vergl. unten Cursus § 853.

jubens erwirbt (*Gai. 2, 87*); allein ohne einen Willen des *vocatus* kann der Gewalthaber nicht erwerben (*consensus servi necessarius est: Maec. fr. 65. pr. D. ad Sct. Trebell. 36, 1*), und wenn ein honorirter Sklave, bevor der *jussus domini* ertheilt ist, in eines Anderen Gewalt übergeht, so wandert mit ihm auch das Erwerbsrecht und kommt dem neuen Herrn zu (*ambulat cum dominio hereditas servo delata; unde si per multos dominos transierit servus, tres vel plures, novissimo dabimus bonorum possessionem: Ulp. fr. 2. § 9. D. de B. P. s. t. 37, 11; Gai. 2, 188. 189*); 3) wird der *vocatus* vor dem Erwerb *sui juris*, so kann er das ihm Deferirte nun sich selbst erwerben (*Gai. 2, 189*); 4) persönliche Momente, z. B. die Cretionsfrist, das Motiv der Furcht, sind aus der Person des Gewaltuntergebenen zu beurtheilen (*Gai. 2, 190; fr. 6. § 7. D. de acq. her. 29, 2*).

Die Delation begründet keine Vermögensmehrung, sondern nur eine *occasio acquirendi*,* daher ist Repudiation oder Omission des Zugedachten nicht *alienatio*,** also auch nicht *deminutio patrimonii: qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit* (*Paul. fr. 28. pr. D. de V. S.*); *qui repudiavit, noluit acquirere, non suum patrimonium deminuere* (*Ulp. fr. 6. § 2. D. quae in fraud. creditor. 42, 6*), und folglich cessiren hier die Begriffe der *alienatio in fraudem creditorum* (*fr. 134. pr. D. de R. J.*), der *donatio inter virum et uxorem* (*fr. 5. § 13. D. de don. i. v. et u. 24, 1*) und der *profecticia dos* (*fr. 5. § 5. D. de jure dot. 23, 3*).[7]

§ 846] Alles Gesagte, was in den Quellen zumeist im Hinblick auf die *hereditas* im engern Sinn ausgeführt ist, gilt ebenmäßig von der prätorischen *Bonorum Possessio*. Die Delation wird hier in der Regel mit *admittere s. vocare ad bonorum possessionem* bezeichnet; sie ist regelmäßig durch das Edict anerkannt, welches auf Grund letzten Willens, verwandtschaftlichen oder ehelichen Bandes die Aussicht auf *Bonorum Possessio* eröffnete, aber den so Berufenen überließ, die Ertheilung der *Bonorum Possessio* nachzusuchen. Eine solche *Bonorum Possessio* hieß *edictalis* (auch wohl *extraordinaria*) zum Unterschied von denjenigen (wenigen) Fällen, wo der Prätor erst *causa cognita*, daher auch nur *pro tribunali* und mittels förmlichen Decrets, *Bonorum Possessio* ertheilte: s. g. *Bonorum Possessio decretalis* (auch wohl *extraordinaria*).

Diese hatte gewöhnlich den Zweck provisorischer Verwaltung eines Nachlasses bis zur Entscheidung eines zweifelhaften Zustandes, z. B. *Bonorum Possessio ex edicto Carboniano*, wenn es sich um Legitimität eines den Nachlaß ansprechenden *impubes* handelt, bis zum Mündigkeitsalter (*Paul. III, 1; fr. 1. D. de Carb. ed. 37, 10*).† Solche *decretalis* galt nicht eher als deferirt, als bis sie decretirt ward, aber sie war mit dem Decret auch sofort erworben und konnte daher nicht nachher

---

*) Im weiteren Sinn wird der Ausdruck *capiendi occasio* in *fr.* 31. *pr. D. de m. c. donat.* (39, 6) gebraucht. **) s. oben Cursus § 448. †) s. oben Cursus § 218, sub 2b.

noch repudiirt werden (*fr. 1. § 7. D. de successor. ed. 38, 9; fr. 2. § 1. 2. D. quis ordo 38, 15*).

§ 817] „Dem Erbrechte stehen alle übrigen Rechte, welche auf Grund einer Berufung zum Nachlaß erworben werden, darin gleich, daß auch sie sämmtlich nur eine *facultas acquirendi* verleihen. Sie gehören daher ebenfalls nicht zum Vermögen des Berechtigten. So wird namentlich auch durch das Recht auf ein Vermächtniß (*fr. 15. D. de reb. dub. 34, 5; fr. 6. § 4. D. quae in fraud. cred. 42, 8*), ferner durch das Recht des *arrogatus impubes* auf die *Quarta Divi Pii* (*fr. 2. § 1. D. fam. herc. 10, 2*), sowie durch das Recht auf die *Quarta Falcidia* und *Trebelliana* (*fr. 19. 20. D. quae in fr. cr. 42, 8*) ein Vermögenserwerb bloß deferirt, nicht schon gemacht. Eine solche Berufung zum Nachlaß tritt überall ein, wo das Gesetz einer Person Rechte auf denselben gewährt, bei Zuwendungen des Erblassers dagegen nur, wenn sie durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß erfolgt sind. Bei den *mortis causa capiones** findet keine Delation Statt".[8]

Das Legat unterscheidet sich nur darin von der Erbfolge im engern Sinn, daß, während *delata hereditas* nicht transmittirt wird, das deferirte *jus legati* auf die Erben übergeht; dies heißt: *dies legati cedit*, im Unterschied von der erst später eintretenden Möglichkeit der Geltendmachung (*dies veniens*). *Si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit* (*Ulp. fr. 5. § 1. D. quando dies legator. ced. 36, 2*). Die *lex Papia Poppaea* verlegte den *dies legati cedens* auf den Zeitpunkt der nachherigen Testamentseröffnung (*Paul. Sent. rec. IV, 6*). *Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, nisi si jam die legatorum cedente legatarius decesserit. Legatorum, quae pure vel in diem certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem jure ex mortis testatoris tempore; per legem autem Papiam Poppaeam ex apertis tabulis testamenti* (*Ulp. 24, 30. 31*). Dieser Zustand des *dies cedens* dauert bis zum Erbschaftsantritt, mit welchem *dies venit*, d. h. der Legatar sein Recht auf das Legat geltend machen kann: *heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit* (*Ulp. fr. 7. pr. D. quando dies 36, 2*). — In diesem Augenblick erwirbt der Legatar das legirte Recht so, daß er es sofort geltend machen kann (mit *rei vindicatio, actio ex testamento* gegen den Erben); eine frühere Geltendmachung würde verfrüht seyn (*Gai. 2, 194. 195. 200*). Allein der Legatar kann immer noch ausschlagen (*repudiare*); definitiv ist daher der Erwerb nicht, so lange nicht feststeht, daß der Legatar nicht ausschlage (*fr. 38. § 1. D. de legat. II*).

§ 818] 2. *Hereditas jacens* (ruhende Erbschaft).** Der nationale und civilistische Gedanke, daß in der *hereditas* des *defunctus* Person fortwalte, überbrückte die Kluft, welche zwei Generationen trennt, wenn nur das Individuum, nicht der Familienorganismus als Träger des Vermögens gilt.† Dieser Gedanke bildet ein wesentliches

*) s. unten Cursus Kap. 59. **) s. oben Cursus § 366 u. Excurse S. 310—312. 365. 366. 384. „*Hereditas jacet*": *Ulp. fr.* 13. § 5. *D. quod vi* (43, 24). †) s. oben Cursus § 810.

Glied in der Kette des Römischen Erbsystems, ja das eigentliche Centralglied, ohne welches dieses System zerbröckeln würde: denn das Römische Erbrecht ruht auf dem Willen des Erblassers, der geäußert ist oder gesetzlich vermuthet und nur bei *color insaniae* gebrochen wird, und wie könnte ein Wille wirken, der aufgehört hätte, zu seyn? Also muß, wie der (letzte) Wille, so auch die Person des Erblassers als fortexistent gelten.[9]

Aus diesem Grundgedanken* aber ergibt sich dreierlei: a) die sämmtlichen einzelnen Stücke des Vermögens bleiben so, wie sie im letzten Augenblicke des irdischen Daseyns des Erblassers durch dessen einigende Persönlichkeit zusammengehalten und zur Einheit gestaltet waren, zusammen, die zugehörigen Forderungen und Schulden gehen nicht unter; das Ganze dauert als ein bestimmtes individuelles Vermögen, und die Bestandtheile desselben sind nicht *res nullius* im eigentlichen Sinn (*fr. 36. D. de stip. serv. 45, 3*). b) Zwischen dem Ableben des Erblassers und dem Nachrücken des Erbfolgers kann eine Pause entstehen, die um so länger ist, je länger der berufene Erbe etwa mit der Antrittserklärung zögert; diese Pause mit rechtsgeschäftlicher Thätigkeit zum Vortheil der Erbmasse auszufüllen, werden die zur Masse gehörigen Sklaven befähigt, indem sie als Organe des *defunctus superstes* gelten[10] (*fr. 61. pr. D. de acquir. dom. 41, 1*). c) Wenn die Erbschaft übergegangen ist in die Rechtssphäre des Erbfolgers, kann immer noch ein Interesse bestehen, die Einheit der überkommenen Erbschaft festzuhalten und vor Verschwimmen mit dem sonstigen Vermögen des Erben zu behüten: auch hier also erweist jener Grundgedanke einen wichtigen Dienst. — Ohne ihn würden alle dem Tode des Erblassers folgenden wichtigen Vermögenserscheinungen jeden inneren Zusammenhangs baar seyn.

§ **849**] Das Bedürfniß, eine individuelle Persönlichkeit als Trägerin der Erbmasse zu haben, tritt äußerlich am meisten in der Zeit vom Tode des Erblassers bis zum Erwerb seiten des Erbfolgers hervor; für diese Pause konnte zugleich die Frage entstehen, ob nicht der künftige Erbe schon vorläufig als Subject aufzufassen sei. Es war also mit dem Satze, daß die Erbmasse nicht *res nullius*, sondern die *hereditas* gleichsam selbst *domina* sei (*vice personae fungitur: Paul. fr. 15. pr. D. de usurpat. 41, 3; Florent. fr. 22. D. de fidej. 46, 1; dominae loco habetur: Ulp. fr. 13. § 5. D. quod vi 43, 24; Pomp. fr. 15. pr. D. de interrog. 11, 1*), nicht Alles klar; auch unter den Römischen Juristen scheint eine Zeit lang bestritten gewesen zu seyn, ob der verstorbene Erblasser (*Jul.* und *Ulp. fr. 33. § 2; fr. 34. D. de acq. dom. 41, 1*) oder der künftige Erbe (*fr. 55. § 1. D. de legat. II*) als Subject des Vermögens und als Herr der Nachlaßsklaven anzusehen sei. Gegen letzteres sprach die Ungewißheit der Person, für ersteres aber die Nationalanschauung vom fortwirkenden Einfluß des Willens Verstorbener. Dem-

*) Ueber dessen heutige Bedeutung und praktische Geltung s. die Pandektenvorträge.

gemäß setzte es Julian durch, daß die Persönlichkeit des *defunctus* als die maßgebende gelte (*fr. 33. 34. cit.*).

Hiermit war entschieden a) daß Stipulationen des *servus hereditarius* und letztwillige Zuwendungen an einen solchen *ex persona defuncti* zu beurtheilen seien (*fr. 34. D. de V. O. 45, 1; fr. 31. pr. § 1. D. de her. inst. 28, 5; fr. 12. § 2; fr. 116. § 3. D. de legat. I.*); b) daß Bedingungen und Umfang einer Schuld aus *negotiorum gestio* sich nach der Person des Erblassers bestimmen (*fr. 11. pr.; fr. 21. § 1. D. de neg. gest. 3, 5*), und c) daß die Entschädigungsforderung wegen Bestattungsaufwandes (*actio funeraria*) gleichfalls nach Stand und Vermögen des *defunctus* ihr Maß finde (*fr. 1. D. de relig. 11, 7*).

Selbstverständlich ist es immer der dann antretende Erbe, welchem die Rechtsveränderung (Erwerb, Verpflichtung: *fr. 20. § 3. D. de her. pet. 5, 3; fr. 178. § 1. D. de V. S.*) zu Gute kommt oder zur Last fällt: z. B. die *actio legis Aquiliae* wegen Tödtung eines *servus hereditarius* (*fr. 13. § 2; fr. 43. D. ad leg. Aquil. 9, 2*), die *actio injuriarum* wegen einer Verunehrung des *funus, cadaver defuncti* oder *servus hereditarius* (*fr. 1. § 4—6. D. de injur. 47, 10*), die *actio funeraria* des Unternehmers der Bestattung. Wo ein individueller Act noch den Erwerb bedingt, muß des Erben thatsächliche Entscheidung abgewartet werden: *quia adire jubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est* (*Herm. fr. 61. pr. D. de acq. dom. 41, 1*); es zeigt sich gerade hierin der Ruhezustand der des Antritts des Berufnen harrenden Erbschaft.

§ **850**] 3. *Sui et necessarii heredes.* In das geschilderte System des Römischen Erbrechts ragt ein Rechtssatz herein, welcher da fast wie eine Anomalie erscheint, aber altersgrauen Ursprungs und ein Ueberbleibsel des vorzeitlichen Familienprincips ist, der Rechtssatz, wonach die kommende Generation kraft eignen Rechts den Nachlaß der abscheidenden übernimmt.* Freilich mußte auch dieses Princip sich unter die Herrschaft der *potestas* stellen: nicht die Blutseinheit, sondern die Potestasgemeinschaft begründete eine Theilnahme der Gewaltuntergebenen an dem Vermögen des Gewalthabers schon bei dessen Lebzeiten dermaßen, daß das Einrücken der selbständig werdenden Familienglieder nicht als ein völlig neues und nun erst beginnendes, sondern gewissermaßen früher latentes und nun erwachendes Recht am Vermögen, dem nunmehrigen Nachlaß, erscheint. Gleichwie der dem Gewalthaber Untergebene den Keim eigner *familia* in sich trägt, welche sofort mit dem Tode des Ersteren als fertige Qualität hervortritt,** so hat auch das Vermögen des Gewalthabers schon bei dessen Lebzeiten einen organischen Bezug zu den Untergebenen, vermöge dessen sofort mit dem Tode des Gewalthabers das Erbrecht der selbständig werdenden Untergebenen — d. h. der Kinder, bez. der Enkel, falls der Vater nicht mehr dazwischen steht: *Gai. 2, 156* — sich

*) s. oben Cursus § 807. **) s. oben Cursus § 382.

wie ein Naturproceß vollzieht. Diese Rechtsfolger heißen *sui* oder *sui et necessarii. In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse: quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur; unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur: hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat (Paul. fr. 11. D. de lib. instit. 28, 2)*: eine Anschauung, die sicher nicht erst von Paulus erfunden ist, wie aus dem alterthümlichen Hinweis am Schluß der Stelle, sowie aus *Gai. 2, 157* zu ersehen ist (vergl. auch *§ 3. J. de hered. ab int. 3, 1*).

Demgemäß unterscheidet sich die Rechtsstellung des *suus heres* von dem *extraneus* (*Gai. 2, 161*) dadurch, daß jener *ipso jure*, d. h. ohne Antrittshandlung und sofort mit dem Tode des Erblassers Erbe wird, d. h. die Erbschaft (Erbportion) in sein Vermögen erwirbt; *in suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes exsistunt* (*Gai. fr. 14. D. de suis 38, 16;* dazu *fr. 63. D. de acquir. her. 29, 2*), und es scheint gesagt werden zu können, daß hier *delatio* und *acquisitio hereditatis* in Einem Augenblick zusammentreffen; richtiger ist es, zu sagen, daß dem *suus heres* gar nicht erst deferirt, sondern ohne Weiteres erworben wird. Ein *suus heres* also erwirbt ohne Delation, und dem entsprechend ist es, daß hier kein Unterschied ist, ob er *ex testamento* oder *ab intestato* Erbe wird. Der Begriff der *hereditas jacens* findet in keinem Fall hier Anwendung.[11]

§ 851] Es war nur die starre Consequenz dieses Grundsatzes, wenn außerdem von Alters her galt, daß der *suus* zugleich *necessarius heres* war, d. h. die Erbschaft, die ihm zufiel, nicht ausschlagen konnte, sei es daß er *ex testamento* oder *ab intestato* erbte (*Gai. 2, 157*). Allein da mit der Zeit hierin eine unbillige Härte gefunden ward, kam der Prätor im Edict durch Ertheilung des *beneficium abstinendi* zu Hülfe. „Bei einfachen Sitten läßt es sich rechtfertigen, wenn den *extranei* als freiwilligen Erben die *sui* als nothwendige gegenüberstehen; wenn aber diese untergehen, und infolge dessen die Ueberschuldung des Vermögens nicht mehr in dem wirklichen Bedürfniß der Familie, sondern in dem schlechten Haushalt des Paterfamilias ihren Grund hat, kann es nicht mehr gerecht erscheinen, wenn demungeachtet die *sui* gegen ihren Willen für die Schulden haften und die mit der *venditio bonorum* verknüpfte Infamie auf sich nehmen sollen. Es wird deshalb jetzt ein Bedürfniß, sie von der nothwendigen Erbfolge zu befreien.“[12]

Jene Rechtswohlthat kam auch der *uxor in manu* und dem *in mancipio constitutus** zu Statten, nicht aber dem *servus testatoris*, welcher

*) s. oben Cursus § 797 a. A.

von diesem unter Freilassung zum Erben eingesetzt war: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius hujus heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem, quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat, eximendum eum esse ignominia, qui non suo vitio, sed necessitate juris bonorum venditionem pateretur; sed alio jure utimur* (*Gai. 2, 154*). Der *servus cum libertate institutus* hieß daher vorzugsweise *necessarius heres* (*Gai. 2, 153*). —

Bei der *bonorum possessio* aus dem prätorischen Edict konnte von dem Unterschied des *ipso jure* und *sua sponte* Erbens nicht die Rede seyn, weil die *bonorum possessio* immer nur infolge *agnitio** erworben wird, die durchaus ein freiwilliger Act ist und vom Prätor keinesfalls umgangen wird.

§ 852] III. Dritter Zeitpunkt (Erwerb der Erbschaft). 1. Gegenstand des Erwerbs. Nicht Alles, was zur Rechtssphäre einer Person gehört, kann Gegenstand des Erbrechts seyn. Zunächst scheiden sich von der Erbmasse alle in öffentlichen oder Familienverhältnissen begründeten Rechte und Verbindlichkeiten aus, denn diese gehen nothwendig mit dem betreffenden Individuum unter; aber auch von den reinen Vermögensrechten scheiden sich noch aus die Personalservituten,** die höchst persönlichen Obligationen† und die persönlichen Privilegien: *privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae, et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transeunt* (*Mod. fr. 196. D. de R. J.*), z. B. die *exceptio Sti Vellejani*, die ein *priv. causae* — das *beneficium competentiae*, das ein *priv. personae* ist (*fr. 23. D. de re jud. 42, 1*).

Der Besitz, da er eine Thatsache ohne eigenen Rechtsgehalt ist, ist nicht Gegenstand des Erwerbs††: *possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi; sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis* (*Ulp. fr. 1. § 15. D. si iis, qui testam. liber 47, 4*). „Dagegen sind die durch die possessorischen Interdicte††† geschützten Entschädigungsansprüche aus Besitz vererblich (*fr. 1. § 44. D. de vi 43, 16*). Ebenso verhält es sich mit den concreten Ansprüchen, welche der Erblasser bereits auf Grund einer persönlichen Servitut oder eines persönlichen Privilegiums oder eines mit seiner Individualität verknüpften Vertragsverhältnisses erworben hatte; der Tod vernichtet nur diese Rechtsverhältnisse selbst als fernere Quelle zur Begründung von Rechten, nicht die aus ihnen schon hervorgegangenen einzelnen Vermögensrechte.“ [18]

Die durch *actiones* und *interdicta* geschützten Gebrauchsrechte an Grabstätten (*jura sepulcri*) sind, obschon diese selbst *loci reli-*

*) s. unten Cursus § 856 a. E. **) s. oben Cursus § 525. ***) s. oben Cursus § 477 sub 2); § 680 (*societas* und *mandatum*); § 689 (*locatio*). †) s. jedoch oben Cursus § 503 (*successio in usucapionem*). ††) s. oben Cursus § 514 ff.

giosi sind, vererblich; als Familienrechte (*familiaria sepulcra*) aber kommen sie, ohne Rücksicht auf Erbrecht, allen Familiengliedern zu (*fr. 5. D. de relig. 11, 7*).[14]

Mit den Rechten gehen auch die an der Erbschaft haftenden Schulden auf den Erben über, denn sie sind Minderungen der *bona*, und der Erbe überkommt diese so, wie sie *juris intellectu*, also *deducto aere alieno*, bestehen; insofern heißt es: *hereditas obligat nos aeri alieno* (*Ulp. fr. 8. pr. D. de acq. her. 29, 2*), und die *hereditatis acquisitio* wird häufig mit *hereditati se obligare, alligare* oder *obstringere* bezeichnet.

§ 853] 2. Statthaftigkeit des Erwerbs. Die entscheidende Erwerbshandlung kann so lange nicht stattfinden, als der Exspectant über die Existenz seines Erbrechts in subjectiver Ungewißheit* ist: *qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem* (*Paul. fr. 19. D. de acq. her. 29, 2*). *Si quis dubitet, vivat testator necne, repudiando nihil agit* (*Ulp. fr. 13. § 1. eod.*). *Sed et si de conditione testatoris incertus sit, paterfamilias an filiusfamilias sit, non poterit adire hereditatem, etsi ejus conditionis sit in veritate, ut testari poterit* (*Ulp. fr. 32. § 2. eod.*). „Nach *jus civile* kann ein Erbe die Erbschaft auch dann nicht antreten, wenn es noch ungewiß ist, ob sie ihm *ex testamento* oder *ab intestato* zukommt (*fr. 93. pr. D. eod.*); das prätorische Recht hat aber auch hier den Antritt ermöglicht (*fr. 84. eod.; fr. 1. § 4. 5. D. de B. P. c. t. 37, 4*).[15]

Den nachtheiligen Folgen des in andauernder Ungewißheit erfolgten Todes wurde begegnet durch Anerkennung der Transmission des Erwerbsrechts an die Erben des Berufenen. Zuerst war eine solche s. g. *transmissio ex capite in integrum restitutionis* nur im Fall eines *impedimentum ex Scto Silianio*[16] anerkannt, d. h. wenn wegen des Verdachts gewaltsamer Ermordung das Testament nicht vor beendeter Untersuchung eröffnet werden sollte (*fr. 1. pr. § 20. 21. 30—32. D. de Scto Sil. 29, 5*). „Später ließen kaiserliche Constitutionen die Transmissionen auch da zu, wo die Ausübung des Erbrechts seiner Ungewißeit wegen unterbleiben mußte, aber nur in einzelnen bestimmten Fällen (*fr. 6. § 1; fr. 42. § 3. D. de bon. libert. 38, 2*). Schließlich betrachtete die Römische Jurisprudenz es als ein allgemeines, von der *aequitas* gefordertes Princip, dem Erben des Berufenen überall zu Hülfe zu kommen, wo dieser selbst wegen Ungewißheit seines Erbrechts nicht hatte antreten können (*fr. 12. D. de Carb. ed. 37, 10; fr. 1. D. ad Sct. Tertull. 38, 17; fr. 30. pr.; fr. 86. pr. D. de acq. her. 29, 2; fr. 4. § 3; fr. 5. D. de B. P. c. t. 37, 4*). Hiermit war jedes rechtliche Hinderniß der Ausübung des Erbrechts ein Transmissionsgrund geworden, bis auf eines: bei dem nach der *lex Julia et P. P.* unzulässigen Antritt *ante apertas tabulas* konnte die Wissenschaft die Transmission nicht einführen, weil hier das mit dem Interesse des Kaisers identische In-

*) Ueber den Unterschied subjectiver und objectiver Ungewißheit vergl. die Pandektenvorträge (dazu *fr. 30. § 8; fr. 46. D. de acq. her. 29, 2* und Köppen I. S. 370).

teresse des Fiscus zu berücksichtigen war. Für diesen Fall mußte eine *constitutio principis* abgewartet werden, die erst Theodos. II. erließ (a. 450: *l. un. C. de his qui ante ap. tab. 6, 52*)."[17] Durch die *lex Julia* (*vicesimaria*) war nämlich für die Testamentseröffnung (*apertura testamenti*) ein feierlicher Act vor dem Magistrat und Zeugen (mit Verlesung und fernerer Deponirung der Urkunde im Archiv — in der Regel binnen drei Tagen —) vorgeschrieben worden, um die eingeführte Abgabe eines Zwanzigtheils von der erworbenen Erbportion (an das Militärärar*) zu controliren; mit Rücksicht hierauf war dann in der *lex Papia Poppaea* bestimmt worden,** daß ein *ante apertas tabulas* vorgenommener Erbschaftsantritt seiten eines *heres ex parte scriptus* wirkungslos seyn, und daher die Erbschaft nicht auf die Erben des Berufenen übergehen solle, falls dieser vor der Testamentseröffnung und Antretung sterben sollte: der Erbtheil ward solchenfalls *caducum*. Nur ein *heres ex asse* konnte auch schon vorher vollgültig erwerben (*Ulp. fragm. 17, 1; Paul. Sent. rec. IV, 6*).[18]

§ **854**] Auch in einem anderen Falle war eine Art Nachholung des Erwerbs zugelassen: wenn der Vater, den erforderlichen Consens*** zum Erwerb einer seinem *filiusfamilias* deferirten Erbschaft zu ertheilen, bis zum Tode des Sohnes unverschuldet verhindert wurde, konnte er den Erwerb dann auf eigne Hand allein noch vollziehen: s. g. *transmissio ex jure patrio* (*fr. 30. pr. D. de acq. her. 29, 2*).

Da ein *suus heres* (und *necessarius heres*) ohne vorgängige Delation *ipso jure* erwirbt, so kann für ihn ein besonderer Erwerbsact (bez. das Hinzukommen vormundschaftlicher Genehmigung) nicht in Frage kommen; der *suus* erwirbt ohne Wissen und Willen, und die erworbene Erbschaft oder Erbportion geht ohne Weiteres auf seine Erben über, die hier nicht in eine erst deferirte, sondern erworbene Erbschaft einrücken: daher in diesem Fall nur uneigentlich von einer Transmission (s. g. *transmissio ex jure suitatis*) geredet werden kann.

§ **855**] 3. Form und Art des Erwerbs. a) Eine deferirte Erbschaft kann ausgeschlagen (abgelehnt), d. h. es kann auf ihren Erwerb verzichtet werden (*recusatio*†: *fr. 95. D. de acq. her. 29, 2; fr. 6. pr. D. ad Sct. Treb. 36, 1*), entweder durch ausdrückliche Willenserklärung (*repudiatio*) oder auch durch concludente Handlung (*re: recusatio tacita*),†† und diese liegt, wenn für die Entscheidung eine Frist gesetzt ist, in der bloßen Unterlassung des Erwerbsactes (*omissio hereditatis*). Recusation kann nicht gültig erklärt werden, bevor die Delation unbedingt geschehen ist: *is potest repudiare, qui et acquirere potest* (*Paul. fr. 18. eod.*, denn *ejus est nolle, qui potest velle: Ulp. fr. 3. D. de* R. *J.*; dazu *fr. 174. § 1. eod.*), aber sie ist auch unmöglich, nachdem der Erwerbsact stattgefunden hat: *quod acquisitum est, repudiari*

---

*) s. oben Cursus § 280. **) Ueber die Bestimmung wegen Erwerb ausgesetzter Legate s. oben Cursus § 847. ***) s. unten Cursus § 857. †) *recusatio* ist der allgemeinste Ausdruck, der auch noch das *abstinere* (s. unten § 859) umfaßt: *Pap. fr. 12. D. de substit.* (28, 6). ††) s. oben Cursus § 460.

non potest (*Ulp. fr. 1. § 7. D. de success. ed. 38, 9*). Wer verzichtet hat, kann nicht mehr antreten, wer angetreten hat, nicht mehr verzichten: dies liegt in der Natur eines jeden Wahlrechts, das in einmaliger Ausübung verzehrt wird (*fr. 20. D. de opt. leg. 33, 5*).

§ **856**] b) Der Erwerbsact kann regelmäßig ebenso, wie die Repudiation, ohne irgendwelche besondere Form stattfinden: *sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur* (*Gai. 2, 169 = § 7. J. de hered. qualit. 2, 19*). Die ausdrückliche Erwerbserklärung heißt *hereditatis aditio*, Erbschaftsantritt, die stillschweigende aber *pro herede gestio: pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres* (*Ulp. fr. 20. pr. D. de acq. her. 29, 2*) — *quoties accipit, quod citra nomen et jus heredis accipere non potest* (*fr. 20. § 4. eod.*) — *si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel praedia colendo locandove* (*§ 7. J. eod.*). *Gerit pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium* (*Paul. fr. 88. de acq. her.*)

Mit feierlichen Worten (vor Zeugen) und binnen bestimmter Frist den Antritt erklären mußte der den Erwerb beabsichtigende Erbe, wenn er testamentarisch *cum cretione* instituirt war;[19] die Antretungsformel war dabei: „*Quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*“ (*Gai. 2, 166*). Gewöhnlich war die Cretionsfrist 100tägig und *utiliter* zu berechnen: *cretio vulgaris* („*in C diebus proximis, quibus scies poterisque*“), so genannt im Gegensatz der seltneren und bedenklicheren *cretio certorum dierum s. continua* (*Gai. 2, 171. 173*); sie mochte namentlich im Fall der Substituirung anderer Erben beliebt seyn. War solchenfalls mit der Cretionsauflage das Präjudiz der Enterbung verbunden („*quodni ita creveris, exheres esto; tum L. Titius heres esto!*“, s. g. *cretio perfecta*), so ging durch Versäumung der Solennität die Erbanwartschaft schlechthin verloren; im Fall einer *cretio sine exheredatione s. imperfecta* (*Ulp. 22, 34*) dagegen konnte ehedem der Instituirte sich durch bloße *pro herede gestio* wenigstens die Hälfte der Erbportion verschaffen (*Gai. 2, 177*), und zufolge einer Constitution des Marc Aurel sollte *pro herede gestio* hier sogar die volle Wirkung der Cretio haben (*Ulp. 22, 34*). — Noch weiter eingeschränkt ward die praktische Bedeutung der *cretio* durch Theodos. II (a. 407: *l. 8. § 1. Cod. Theod. 8, 18*), vollständig beseitigt erst durch Justinian (*l. 17. C. de jure delib. 6, 30*).[20]

Bei der *bonorum possessio* äußerte sich der Erwerbswille in dem vor dem competenten *magistratus juri dicundo* zu stellenden Antrag auf Ertheilung derselben (*agnoscere, petere bon. possessionem, agnitio B. P.—is*); dieser Antrag ward schriftlich eingereicht, und die Gewährung pflegte vom Magistrat sofort (*de plano*) durch einfache *subscriptio* („*Do bon. possessionem*“) erklärt zu werden. Erforderniß war, daß der Antrag innerhalb edictsmäßiger Frist, d. h. von Descendenten und Adscendenten innerhalb eines *annus utilis*, von Anderen *intra C dies utiles*, eingebracht wurde. Diese Agnition vertrat, den Erfolg des Gesuchs

vorausgesetzt, die *hereditatis aditio* (*fr. 1. § 8—18. D. de success. ed. 38, 9; fr. 2. D. quis ordo 38, 15; § 8. 9. J. de B. P. 3, 9*).

Auf *hereditas* und *bonorum possessio* zugleich bezog sich eine im Prätorischen Edict begründete Einrichtung. Den Gläubigern einer Erbschaft oder substituirten Erben verhieß der Prätor, auf ihren Antrag dem ungebührlich zögernden Erben eine Entscheidungsfrist (*spatium deliberandi*) zu setzen, welche gewöhnlich 100 Tage, *ex magna causa* auch längere Zeit, betrug; nach deren Verstreichung erhielten die Impetranten den Nachlaß zur *bonorum venditio*, bez. zur erbrechtlichen Succession (*Gai. 2, 167; fr. 1. § 1; fr. 10. D. de jure delib. 28, 8*). Oft erbat sich der Berufene selbst aus eignem Antrieb eine solche Frist, um sich gegen die andrängenden Erbschaftsgläubiger einstweilen Ruhe zu verschaffen (*petere tempus ad deliberandum: fr. 23. § 2. D. de her. instit. 28, 5*).

§ **857**] c) Die alte Cretio war ein streng persönlicher Act und ließ daher keine Mittelsperson zu (*Gai. 2, 166; fr. 77. D. de R. J.*); die formlose *aditio* und *agnitio* dagegen konnten, ebenso wie die *repudiatio*, durch einen Beauftragten (*nuntius*) erklärt werden (*fr. 25. § 5; fr. 48. D. de acq. her. 29, 2; fr. 1. § 3. D. de success. ed. 38, 9*); nur die Entschließung selbst über Antritt oder Ausschlagung mußte vom Berufenen in Person ausgehen, und insofern galt die Regel, daß Stellvertretung beim Erbschaftserwerb ausgeschlossen sei; doch gab es hiervon Ausnahmen.

Ob für einen *infans sui juris* der Tutor *aditio, agnitio* oder *repudiatio* vornehmen könne, war unter den Proculianern, welche nur provisorischen Erwerb (*agnitio b. possessionis decretalis*) für zulässig hielten, und den Sabinianern bestritten (*fr. 48. § 1. D. de legat. I.; fr. 11. D. de auctor. tutor. 26, 8*); Ulpian entschied sich für die Ansicht der Letzteren (*fr. 7. § 1. D. de B. P. 37, 1; fr. 2. § 13. D. ad Sct. Tertull. 38, 17*), welche später auch die Oberhand behielt.[21] Aeltere Mündel, sowie Verschwender mußten selbst entscheiden (unterstützt durch Vollwort, bez. Consens des Vormundes); ob für einen *furiosus pubes* der *curator* entscheiden könnte, war gleicherweise unter den Schulen bestritten, aber Ulpian trat hier der Proculianischen Ansicht bei (*fr. 2. § 11. 13. D. eod.*), die auch von Justinian anerkannt wurde (*l. 7. C. de curat. fur. 5, 70*).

Ueber die einem *filiusfamilias infantia major* deferirte Erbschaft hatten Vater und Sohn gemeinsame Entscheidung (*fr. 13. § 3. D. de acq. her. 29, 2*).* Im Fall der *infantia* des berufenen *filiusfamilias* bestand gleichfalls jene Controvers der Schulen (*fr. 1. D. de B. P. fur., inf. 37, 3; fr. 7. § 1. 2. D. de B. P. 37, 1*); durch Theodos. II. (a. 426) wurde die Ansicht der Sabinianer bestätigt (*l. 18. pr. D. de jure delib. 6, 30*).

§ **858**] d) Ein Zwang zum Erwerb der Erbschaft besteht regelmäßig nicht: *liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omit-*

---

*) s. oben Cursus § 854.

tere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt (*Gai. fr. 17. D. si quis omissa causa testamenti alio modo possideat hered. 29, 4*); nur zu Gunsten eines Universalfideicommissars* findet eine Ausnahme Statt. Auch wird der Testamentserbe, der zugleich nächster Intestaterbe ist, von der Pflicht der Vermächtnißleistung nicht frei, wenn er *ex testamento* die Erbschaft ausschlägt, um sie *ab intestato* zu erwerben (*praetermittere institutionem s. causam testamenti, s. omisso testamento legitimam hereditatem possidere*): dieser Satz war im Edict aufgestellt und durch Julian ausgebildet (*fr. 1. pr. fr. 6. pr. fr. 10. pr. D. eod.*), aber der Prätor gewährte die Klage gegen den Omittenten nur *causa cognita* (*fr. 6. § 3. eod.*), denn nur *si quis per fraudem omiserit hereditatem, ut ad legitimum perveniat, legatorum petitione tenebitur* (*fr. 1. § 13. eod.*). Ausgedehnt wurde dann dieser Satz auf den Legatar, der ein Fideicommiß leisten sollte und *omissio hereditatis* veranlaßt (*fr. 4. § 2. eod.*), sowie auf den, welcher die *B. P. contra tabulas* omittirt, um *ab intestato* zu erben (*fr. 6. § 9. eod.*).

Beschränkt ist der Berufene nur darin,[22] daß er das Deferirte entweder ganz ausschlagen oder ganz erwerben muß, jede Erwerbshandlung ergreift daher die ganze Portion: *qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest* (*Paul. fr. 1. D. de acq. her. 29, 1*); *si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse* (*Ulp. fr. 10. eod.*). Dasselbe gilt, wenn Einem mehrere Erbtheile deferirt sind: *non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere* (*Ulp. fr. 2. eod.*); *adeundo unam portionem, omnem acquiro* (*Paul. fr. 80. § 1. eod.*).

Ebensowenig kann der Berufene seine Acquisition oder Repudiation durch einen *dies* oder eine Bedingung beschränken (*fr. 77. D. de R. J.*; *fr. 51. § 2. D. de acq. her. 29, 2*), denn das Wahlrecht des Berufenen muß vollständig ausgeübt werden, wenn es ausgeübt wird, auch würde ein *dies ad quem*, sowie eine Resolutivbedingung gegen den Grundsatz verstoßen: *semel heres, semper heres* (*Gai. fr. 88. D. de hered. instit. 28, 5; Pap. fr. 7. § 10. i. f. D. de minor. 4, 4*).

§ **859**] 4. Wirkung des Erwerbs.** a) Continuität. Das Verkehrsbedürfniß ununterbrochener Vermögenszustände verlangt eine Ausgleichung des Spannungsverhältnisses, welches zwischen dem Tode des Erblassers und der *acquisitio* besteht;† dieses Spannungsverhältniß läßt sich beim *heres voluntarius*, bez. *bonorum possessor*, dem Verhältniß einer Suspensivbedingung vergleichen, denn die (sei es unbedingte, oder bedingte) *delatio* ist der Rechtsgrund, aus welcher die vorerst schwebende *acquisitio*, falls sie dann erfolgt, ihre Kraft zieht. Demgemäß werden alle inmittels eingetretenen Rechtsveränderungen der Erbschaft nun auf die Person des Erben so bezogen, als wenn derselbe bereits im Augenblick des Todes des Erblassers Erbe geworden

---

*) s. unten Cursus Kap. 60. **) Mit dem Erwerb seiten des Erben wird regelmäßig das *jus legati* exigibel: s. oben Cursus § 847. †) s. oben Cursus § 848.

wäre: *omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur* (*Paul. fr. 138. D. de R. J.;* dazu *Cels. fr. 193 eod.* und *Florent. fr. 54. D. de acq. her. 29, 2*).

Dieser ponirenden Retrotraction entspricht eine negirende, welche mit dem Verhältniß einer Resolutivbedingung vergleichbar ist: dem *suus et necessarius heres* nämlich, welcher nach Civilrecht sofort mit des Erblassers Tode *ipso jure* die Erbschaft erwirbt, ist durch das Prätorische Edict die Befugniß gewährt, die Folgen des Erwerbs, welche ja im Fall einer *damnosa hereditas* nachtheilig sind, von sich abzuwenden: *jus abstinendi* (Lossagungsrecht). Dieses Rechts macht sich der Erbe verlustig, wenn er durch Einmischung in die Erbschaft sich als Erbe gerirt (*hereditati se immiscet, bonis se miscet*): durch *immixtio* wird der Erwerb definitiv, wie wenn eine Resolutivbedingung cessirt. *Necessariis heredibus abstinendi se ab hereditate Proconsul potestatem facit, ut quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint. Servis autem necessariis heredibus, sive puberes sive impuberes sint, hoc non permittitur* (*Gai. fr. 57. D. de acq. her. 29, 2*). *Bonis se miscet, qui pro herede gerere videtur* (*Pap. fr. 87. pr. D. eod.*). Wenn aber der Erbe vom *jus abstinendi* Gebrauch macht, so wird er nun so behandelt, wie wenn er nicht Erbe geworden wäre; zwar behält er das *nomen heredis* (*Ulp.* in *fr. 6. § 2. D. de bon. libert. 38, 2* und *fr. 30. § 10. D. de fideic. libertat. 40, 5*) nach dem Grundsatze: *semel heres, semper heres,* aber *hunc qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco* (*Paul. fr. 12. pr. D. de interr. in jure 11, 1*): daher stehen die Erbschaftsklagen weder ihm, noch gegen ihn zu (*fr. 99. D. de acq. her. 29, 2; fr. 12. D. de subst. 28, 6*), der vacante Theil überträgt sich auf die eventuell Berufenen, auf welche nun die betreffenden Klagen *utiliter* bezogen werden, und so bleiben auch die Freilassungen und Legate aufrecht (*fr. 32. D. de manumissis test. 40, 4; fr. 99. D. de acq. her. 29, 2*).

§ **860**] b) Perpetuität. Wer einmal Erbe geworden ist, bleibt Erbe unter allen Umständen, wenigstens dem Titel nach: die Erbqualität (*nomen heredis*) ist ein *character indelebilis,* daher kann, wenn die Folgen der Succession rückgängig gemacht werden, ein Anderer nun nur *heredis loco* werden, und weder kann der Berufene nur vorübergehend antreten (s. § 858 a. E,), noch selbst der Erblasser einen bloß zeitweisen oder resolutiv bedingten Erwerb der Erbschaft anordnen: solche Anordnung gilt als *pura institutio* (*§ 9. J. de hered. instit. 2,14*). *Regula est juris civilis, qua constitutum est, hereditatem adimi non posse* (*Jul. fr. 13. § 1. D. de lib. inst. 28, 2*).

Weil der Erbe die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers in sich aufnimmt, so treffen in derselben Person die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers mit den entsprechenden Verhältnissen des Erben zusammen: wovon in den meisten Fällen *confusio* die

Folge ist*: *aditio hereditatis nonnunquam jure confundit obligationem* (*Pap. fr. 95. § 2. D. de solut. 46, 3*). Allein jene Aufnahme ist doch nicht als eine völlige Absorption zu denken: dies würde weder der Immortalitätsidee der Römer, noch auch allenthalben den materiellen Interessen entsprochen haben: vielmehr lebte im Erben die Persönlichkeit des Erblassers verborgen fort,[23] und so war es möglich, noch jetzt (wo ein Bedürfniß war) beide Vermögenskreise: des Erblassers und des Erben, auseinander zu halten.

§ **861**] Demgemäß 1) unterbleibt Confusion, wo ein Interesse besteht, zu unterscheiden, ob der Erbe *suo* oder *hereditario nomine* Klage anstelle,[24] z. B. wenn ein Correalgläubiger seinen Mitgläubiger, ein Correalschuldner seinen Mitschuldner beerbt (*fr. 93. pr. D. de solut. 46, 3*); 2) dem Erben kommt der Usucapionszustand seines Erblassers zugute, so daß die *mala fides* des Erben diesem nicht schadet (*successio in usucapionem***); 3) der Erbe eines *pro emtore* Besitzenden besitzt nun *eandem rem et pro emtore et pro herede* (*fr. 3. § 4. D. de acq. poss. 41, 2*); 4) es unterscheidet sich auch ferner das *augmentum ex ipsa hereditate hereditati accedens* von dem *extrinsecus personae possessoris accedens* (*Ulp. fr. 20. § 3. D. de her. pet. 5, 3*); 5) Accrescenz einer vacanten Erbportion kann auch noch dem, welcher seinen Theil bereits erworben hat, zu Theil werden, obschon *portio portioni, non personae accrescit* (*fr. 9. D. de suis 38, 16*); 6) es erklärt sich nur so auch die principielle Statthaftigkeit der *separatio bonorum*.

Eine *separatio* kann, nachdem Jemand Erbe geworden ist, noch eintreten: *α*) wenn ein *cum libertate* eingesetzter Sklave des Erblassers sie in Anspruch nimmt,† um nicht mit seinem Privatvermögen für den überschuldeten Nachlaß seines verstorbenen Herrn einstehen zu müssen (*Gai. 2, 155; pr. J. de hered. qual. 2, 19*); *β*) wenn die Nachlaßgläubiger (binnen 5 Jahren), um nicht eine Vermischung des solventen Nachlasses mit dem vielleicht insolventen Privatvermögen des Erben geschehen zu lassen (*fr. 1. § 1. D. de separ. 42, 6*). Der letztere Fall wird vorzugsweise als *beneficium separationis* bezeichnet.

Literatur: 1) Köppen System d. Erbrechts I. S. 257—270 u. in Ihering's Jahrb. s. Dogmatik V. S. 184 ff. VI. S. 307. — 2) Anders Köppen System S. 301, der auch die *incapaces* als Delationsunfähige auffaßt, weil in einigen Stellen des Gaius (*2, 110; fr. 73. § 1. D. de legat. I*) das Wort *capere* allgemein für Succession gebraucht ist. — 3) Harnier *de regula Catoniana* (Heidelb. 1820). Roßhirt im Arch. f. civ. Prax. X. S. 328 ff. Arndts i. Rhein. Mus. V. No. 9. — 4) v. Vangerow (Lehrb. d. Pand. II. § 540. I. 5.) will nach dem Vorgang von Arndts S. 209 ff. diesen Fall nicht zu dem Gebiete der *regula Cat.* rechnen; allein die *test. factio passiva* kann in dieser Frage nicht mit der *t. f. activa* zusammengestellt, das Legiren auch nicht als Abschließen eines Geschäfts mit dem Legatar aufgefaßt werden, u. das *fr. 59. § 4. D. de her. inst.* (*28, 5*) betrifft gar nicht die vorliegende Frage (s. *fr. 49. § 1. i. f. D. eod.*). — 5) v. Vangerow II. § 525. Anm. 2. z. A. u. § 540. sub I. 1—4. — 6) Ders. § 540. sub IV. — 7) Köppen Syst. d. Erbr. S. 257—260.

---

*) s. oben Cursus § 544. 572. 633. **) s. oben Cursus § 503. †) Dieses *jus separationis* vertrat gewissermaßen das *jus abstinendi*, welches den *sui heredes* zustand (s. oben § 859).

— 8) Ders. S. 267. — 9) So Puchta Curs. d. Inst. III. § 303. Ihering Abhandlung aus d. R. R. (Leipz. 1844) S. 151 ff. v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. (Erlang. 1852) S. 5 ff. Kuntze d. Oblig. u. Singularsucc. d. R. R. (Leipz. 1856) S. 376 ff. Vering Röm. Erbrecht in hist. u. dogmat. Entwicklung (Heidelb. 1861) S. 65 ff. Anders Köppen d. Erbschaft (Berl. 1856) S. 25 ff. u. Syst. d. Erbr. I. S. 200 ff. Mittlere Ansicht bei v. Savigny Syst. d. Civilr. II. S. 366 ff. u. Windscheid i. d. krit. Ueberschau I. S. 186. 193. Ders. d. Actio d. Röm. Civilrechts (Düsseld. 1856) S. 233 ff. u. Lehrb. d. Pand.-R. (Düsseld. 1862) I. § 49. Anm. 2. — 10) Köppen d. Erbschaft S. 36—58. Ders. Syst. d. Erbr. I. S. 213. — 11) Dazu vergl. Köppen Syst. d. Erbr. I. S. 253. 254. — 12) Ders. I. S. 9. — 13) Ders. S. 171—196. — 14) Ders. S. 197. — 15) Ders. S. 364—383. — 16) v. Keller Grdrß. zu Vorles. üb. R. R. S. 291—3. Müller Instit. § 206. Anm. 38. — 17) Köppen I. S. 366. Anm. 6. — 18) Puchta Curs. d. Inst. III. § 313 a. E. v. Keller S. 287—291. 19) Müller § 179. Anm. 21. 35. 47. — 20) Rudorff in Puchta's Curs. d. Inst. III. § 312. Anm. r. — 21) Köppen I. S. 407. — 22) Ders. S. 341—3. — 23) So v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 41. Abweichend Ihering Abhandl. aus d. R. R. S. 239 ff. u. Francke Exeg.-dogm. Commentar üb. d. Pand.-Tit. *de hered. petit.* (Gött. 1864) I. Abth. S. 186. — 24) Kuntze d. Oblig. u. Sing.-Succ. d. R. R. S. 217—222.

LV. Kapitel.

IV. Erbrechtliche Schutzmittel.

§ **362**] A. Die petitorische Erbschaftsklage. 1. Die *hereditatis petitio.* Zur Geltendmachung des durch die erbrechtliche Universalsuccession begründeten Rechts am Nachlaß gewährte das Römische Civilrecht (*Gai. 4, 17*) eine der *rei vindicatio* analoge* Klage, die *hereditatis petitio.* Dieselbe schützt sowohl den alleinigen Erben, als auch den Theilerben, sowohl den testamentarischen, als auch den gesetzlichen Erben, sowohl den einfachen Intestaterben, als auch den wegen Präterition im Testamente auftretenden Notherben. Die Klage ist für diese Alle begrifflich eine und dieselbe: es ist eben das in der Person des Klägers verwirklichte Erbrecht, dessen Anerkennung dem Beklagten abverlangt wird.

Beklagter ist, wer sich im thatsächlichen Widerspruch mit dem geltend gemachten Erbrecht benimmt, sei es daß er selbst Miterbe oder gar nicht an der Erbschaft betheiligt ist; die Klage des Notherben als solchen ist ihrem Wesen nach immer gegen den oder die auf ein vorhandenes Testament sich berufenden Testamentserben gerichtet, indem Kläger die Nichtigkeit des Testaments behauptet.

Die Erbklage des alleinigen Erben (s. g. Universalerben) wird *h. p. totalis* (oder *universalis***), die eines Theilerben aber *h. p. partiaria* genannt. Für diese Unterscheidung ist es gleichgültig, wieviel vom Nachlaß der Beklagte etwa inne hat: *Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed ex suo jure; et ideo, sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas; sive ex parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas*

*) s. oben Cursus § 472. **) ein nicht zu empfehlender Ausdruck, weil auch der *heres ex parte* Universalsucessor ist.

(*Ulp. fr. 1. § 1. D. si pars her. pet. 5, 4;* dazu *Gai. fr. 10. § 1. D. de her. pet. 5, 1*).

§ **863**] Der Erbtitel kommt nur in Frage, wenn der Beklagte dem Kläger Etwas dergestalt vorenthält, daß darin eine (sei es ausdrückliche oder stillschweigende) Nichtanerkennung des Erbrechts des Klägers liegt. Dies ist der Fall, a) wenn der Beklagte selbst der auf das Klagobject berechtigte Erbe zu seyn behauptet: *pro herede possidet* (*sive putat se heredem esse, sive per mendacium: Ulp. fr. 11. D. de h. p. 5, 3*); b) wenn der Beklagte das Klagobject ohne jede specielle Motivirung, d. h. ohne Nennung seines Rechtstitels, vorenthält: *si pro possessore possidet;* das kann ein Dieb, Räuber oder sonstiger *malae fidei possessor* seyn, z. B. wer wissentlich die Sache vom wahnsinnigen Erblasser gekauft hat und unter Verschweigung dieses Umstands die Herausgabe der Sache an den Erben schlechthin verweigert: *omnibus titulis hic pro possessore haeret et quasi injunctus est* (*Ulp. fr. 12. 13. pr. § 1. D. eod.*).

Beruft sich aber der Beklagte, ohne des Klägers Erbrecht direct in Frage zu stellen, auf einen Specialtitel, z. B. darauf, daß er das Klagobject dereinst vom Erblasser oder gar vom Kläger selbst gekauft oder geschenkt erhalten habe, oder bestreitet er, dem Erblasser je zu der Schuldleistung, die jetzt ihm abverlangt wird, verpflichtet gewesen zu seyn: so muß der Erbe die betreffende Specialklage anstellen, z. B. die einfache *rei vindicatio* oder Contractsklage. Kläger tritt solchenfalls zwar infolge seines Erbschaftserwerbes, aber nicht als Erbe dem Beklagten gegenüber, und nicht der Universaltitel eines Erben, sondern der Specialtitel eines Eigenthümers oder Gläubigers bildet den Klaggrund.*

Alles Gesagte wird von Ulpian so zusammengefaßt: *regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel pro herede, vel pro possessore possidet* (*fr. 9. eod.*). Wer ausdrücklich nicht als *possessor,* sondern nur als *detentor alieno nomine* inne hat, kann nur als Stellvertreter des Anderen belangt werden (*fr. 13. § 12. eod.*). —

Wie bei der *rei vindicatio,* wird auch hier dem *verus possessor* derjenige gleich behandelt, *qui dolo desiit possidere* und *qui liti se obtulit* (*fr. 13. § 13. 14. eod.*)

§ **864**] Klagobject kann seyn, was überhaupt einen Bestandtheil des Nachlasses bildet: *placuit, universas res hereditarias in hoc judicium venire, sive jura, sive corpora sunt* (*Ulp. fr. 18. § 2. jct. fr. 9. D. eod.*) — *Item a debitore hereditario peti potest, quasi a juris possessore, nam et a juris possessoribus posse hereditatem peti, constat; utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert* (*Ulp.* und *Paul. fr. 13. § 15* und *fr. 14. D. eod.*).

Was Bestandtheil eines Nachlasses sei, ist aber genauer festzustellen. Dazu gehört nicht bloß, was reell von dem im Augenblicke des

---

*) Vergl. dazu oben Cursus § 239 sub 1).

Todes des Erblassers gegebenen Nachlaßbestande noch übrig ist — denn der Nachlaß erfährt oft alsbald durch persönliche Eingriffe Anderer Wandelungen —, sondern auch was etwa unter dem Einflusse und in der Person des jetzigen Beklagten ideell an die Stelle eines bisherigen Bestandtheils getreten ist; demgemäß tritt an die Stelle der Sachen selbst im Falle ihres Verkaufs der dafür gelöste Preis, im Fall einer Geltendmachung erbschaftlicher Forderungen der Betrag derselben: *et is, qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exigit, petitione hereditatis tenetur* (*Ulp. fr. 16. § 1. D. eod.*). Dieser Satz, welcher eigentlich eine Folgerung aus dem Princip der in der *hereditatis petitio* als Object erscheinenden *universitas* ist (*fr. 20. § 10. D. eod.*), wurde (wie es scheint, zuerst in der einen Anwendung auf *pretia rerum hereditariarum*) durch ein unter Hadrian erlassenes und nach dem Consul *P. Juventius Celsus* genanntes *Sctum* (*Sctum Juventianum a. 129*) direct ausgesprochen: *Item placet, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent, deminutaeve fuissent, restituere debere* (*fr. 20. § 6. eod.*).[1] Hiernach hat der Beklagte herauszugeben, was er direct oder indirect aus dem Nachlaß dermalen hat: *post Sctum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni, dicendum est* (*Paul. fr. 28. eod.*). Als herauszugebende Bereicherung aber gilt für den *bonae fidei possessor** nur, was er im Zeitpunkte des Urtheils noch in Händen hat (*fr. 25. § 11; fr. 36. § 4. eod.*). Der *malae fidei possessor* unterliegt einer strengeren Behandlung (*fr. 22. 25. § 2. 7. eod.*). In Betreff der Verbindlichkeit zur Früchteherausgabe wird der Beklagte ebenso, wie bei der *rei vindicatio*, behandelt; die Litiscontestation ist daher auch hier ein entscheidender Zeitpunkt (*fr. 25. § 7. eod.*).

Was an die Stelle des ursprünglichen Nachlaßbestandtheils getreten ist, kann nicht als Gegenstand eines dinglichen Rechts des Erben betrachtet werden, sondern die *hereditatis petitio*, mit welcher ein solches Surrogat abgefordert wird, erfüllt hier dieselbe Function, welche sonst von persönlichen Klagen erfüllt wird, und trägt insofern einen gemischten Karakter**: *petitio hereditatis, etsi in rem actio est, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum* (*Ulp. fr. 25. § 18. eod.*).[2]

§ **865**] Als die Idee der *bonorum possessio* als eines wirklichen Erbrechts (und nicht bloß eines provisorischen, oder ungewissen Zustands) sich im Laufe der Zeit consolidirte, konnte auch das zum Schutz gegebene Interdict (s. unten) nicht genügen, sondern ein petitorischer Rechtsschutz mußte gewährt werden. Ueberall wo der *bonorum possessor* ohne erbrechtliche Anfechtung blieb, mußte der Prätor ihn als bonitarischen Eigenthümer behandeln und dieselben Klagen, wie im

---

*) Ueber die Unterschiede in der Behandlung des *possessor bonae fidei* bei der *h. p.* und der *rei vindicatio* sind die Pandektenvorträge zu vergleichen. **) Vergl. oben Cursus § 473 sub bb).

Falle civilrechtlicher Beerbung, zulassen, indem er die betreffende Formel auf die *fictio heredis* gründete: so wurden die Singularklagen für und gegen den *bonorum possessor*, wie für und gegen einen *heres*, gegeben (*Gai. 4, 34*). Nach diesem Fortschritt aber konnte dem *bonorum possessor* auf die Dauer nicht mehr der Schutz der erbrechtlichen Universalklage versagt werden, wenn derselbe in seiner Qualität als Erbfolger von einem Dritten Anfechtung erfuhr: es wurde daher auch die eigentliche Erbschaftsklage als *hereditatis petitio possessoria* gewährt (*fr. 2. D. de h. p. possessor. 5, 5*), zuerst vielleicht nur in einzelnen Fällen, endlich — spätestens in der zweiten Hälfte des 3. Jahrhunderts n. Chr. — überhaupt (*vindicatio successionis ex B. P.: l. 8. C. de legit. her. 6, 57; l. 9. C. de pet. her. 3, 31; l. 14. C. de jure delib. 6, 30*).[3]

Dieselbe stand Jedem zu, der die *B. P.* agnoscirt und impetrirt hatte, gegen jeden Verletzer, und gewährte absoluten Schutz, wofern kein Civilerbe neben dem *bonorum possessor* vorhanden war: s. g. *B. P. cum re s. cum effectu.* Lag aber eine Collision mit dem stärkeren Erbrecht eines Civilerben vor, so zog diesem gegenüber der *bonorum possessor* den Kürzeren, und mithin wirkte der diesem ertheilte Schutz nur relativ, nämlich Dritten, die gar keinen Erbtitel hatten, gegenüber: s. g. *B. P. sine re s. sine effectu, sc. quae a bonorum possessore avocari* (*s. evinci*) *potest* (*Gai. 2, 148*). So konnte z. B. mit der *B. P. secundum tabulas*, oder mit der *B. P. ab intestato* das Intestaterbrecht eines Civilerben, mit der *B. P. contra tabulas* das testamentarische oder Intestaterbrecht eines Civilerben collidiren (*Ulp. 28, 12*).

§ **866**] Ursprünglich galt, wenn ein civiles Erbrecht Jemandes begründet war, demselben gegenüber die *B. P.* immer als das schwächere Recht; allein als die Grundgedanken des prätorischen Systems sich in der allgemeinen Rechtsüberzeugung völlig consolidirt hatten, mußte die Frage entstehen, ob nicht unter Umständen der *bon. possessor* auch gegen einen Civilerben durchdringen könne. Als Antwort auf diese Frage bildete sich der Grundsatz aus, daß die Prätorische Rangordnung, welche nach der Gradentfernung unterschied, maßgebend seyn solle; wer kraft dieser Ordnung des *edictum successorium* (*Ulp. fragm. 28, 11. 12*) vor oder doch neben dem Civilerben berufen war, wurde nun diesem gegenüber bei der Intestat- und Notherbfolge geschützt. Ebenso drang der Prätorische Erbe mit der *B. P. secundum tabulas* gegen den civilen Intestaterben, mit der *B. P. contra tabulas* gegen den civilen Testamentserben durch. *Cum emancipatus bon. possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem Praetor heredis loco constituit* (*Jul. fr. 13. pr. D. de B. P. c. t. 37, 4*).

Mit dieser Regel, zu deren endlicher Feststellung das Ansehn Julian's beigetragen haben mag, war die praktische Ineinanderbildung des civilen und Prätorischen Erbsystems vollzogen; die Principien des

Edicts siegten, aber im Edict war das Civilrecht respectirt, soweit es mit den neueren Anschauungen über die Kraft der Blutsverwandtschaft und des Siegeltestaments vereinbar schien.

§ **867**] 2. Die *querela inofficiosi testamenti* des Pflichttheilsberechtigten ist eine qualificirte *hereditatis petitio*[4] (*fr. 20. pr. i. f. D. de B. P. c. t. 37, 4*) und wird den instituirten Erben gegenüber, welche darunter leiden, als *evictio hereditatis* bezeichnet (*Paul. fr. 21. § 2. D. de inoff. test. 5, 2*). Sie ist nur dann indicirt, wenn der im lieblosen Testament Berufene wirklich antritt, weil ohne Antretung die Intestaterbfolge von selbst Platz greifen, und es mithin nicht erst der Querel bedürfen würde: *ante aditam hereditatem nec nascitur querela* (*Ulp. fr. 8. § 10. eod.*). Vergl. unten § 902.

Die Querel beruht auf der Idee einer persönlichen Genugthuung, welche der nicht bedachte Verwandte darin findet, daß er die Lieblosigkeit des Testator auf einen durch Leidenschaft getrübten Gemüthszustand zurückführt. Demgemäß ist der Entschluß zur Querel ein höchst persönlicher,[5] und geht daher die Befugniß nicht ohne Weiteres auf die Erben über; das Testament bleibt so gut in Kraft, wenn der Verletzte sich zur Querel nicht entschließt, wie wenn er mit ihr wegen Beweismangels nicht durchdringt. Die Erklärung des Anfechtungsentschlusses aber bedarf keiner Form und kann geschehen durch sofortige Klagerhebung gegen den betheiligten Testamentserben, oder auch durch irgend welche andere Erklärung, welche die Bedeutung der *hereditatis aditio* oder *agnitio bonorum possessionis* oder *pro herede gestio* hat;[6] *si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur: si post agnitam bon. possessionem decesserit, esse successionem accusationis; et si non sit petita B. P., jam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si, cum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit: puto ad heredem transire* (*Ulp. fr. 6. § 2. D. de inoff. test. 5, 2*). Auch der *suus heres* muß sich irgendwie erklärt haben, um den Uebergang der Querel auf die Erben zu bewirken (*fr. 7. D. eod.*).

§ **868**] Die Querel verschafft den Pflichttheilsberechtigten die volle Intestaterbfolge; insoweit, als nöthig ist, um diese zu ermöglichen, wird das Testament hinfällig: *Paulus respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, acsi hereditas adita non fuisset* (*fr. 21. § 2. eod.*) Wenn also der Querelsteller Intestaterbe *ex asse* ist, oder alle intestatberechtigten Miterben als Pflichttheilserben das Testament anfechten, dann fällt dieses sofort ganz; wenn aber nur einer der Pflichttheilserben übergangen ist,* so bewirkt dessen Querel nur eine theilweise Rescission des Testaments: *non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae judicium ultimum ejus damnetur* (*Paul. fr. 19. eod.*); es tritt daher hier eine Concurrenz der testamentarischen mit

---

*) Ueber die Accrescens, im Fall nicht alle Querelberechtigten anfechten, s. unten Kap. 58.

der Intestaterbfolge ein (ein Fall des *jus paganorum*, wo eine Ausnahme von dem Satze der Incompatibilität der Successionsgründe* zugelassen ward: *fr. 15. § 2; fr. 24. eod.*), und die Vermächtnisse bleiben *pro rata* aufrecht. Insoweit aber die Erbeinsetzungen fallen, verkürzen sich oder fallen zugleich die damit zusammenhängenden Dispositionen: *nam quum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet* (*Paul. fr. 28. eod.* Ausnahme: *fr. 17. § 1; fr. 18. eod.*).

Eine Eigenthümlichkeit dieser Querel ist es, daß sie einen Angriff auf die Person des Testator in sich schließt: das Unrecht, welches derselbe verschuldete, soll sich aus dem einer Geistesstörung ähnlichen Gemüthszustande desselben erklären (*fr. 5. 8. pr. eod.*). Weil aber so die „*accusatio testamenti*“ einem Angriff auf den *status* des Testator ähnlich ist, gebührt es sich, a) daß sie gleich den Statusklagen innerhalb einer fünfjährigen Frist angestellt werden muß (*fr. 2. pr. D. ne de statu defunctor. 40, 15; fr. 8. § 17; fr. 9. D. de inoff. test. 5, 2*); b) daß bei getheilter Ansicht des Gerichtshofes (*judicium centumvirale***) die Aufrechthaltung des Testaments, als die *humanior* (*erga testatorem*) *sententia*, anzunehmen ist (*fr. 10. pr. eod.*).

§ 869] 3. *Actio familiae herciscundae.* Ein besonderes Interesse knüpft sich noch an ein erworbenes Erbrecht, wenn der Erbe Miterben hat und der Nachlaß nicht etwa bloß aus Forderungen (und Schulden) besteht: dann entsteht nämlich unter den Miterben das Band einer *communio*, auf dessen Lösung jeder von ihnen einen Anspruch hat.† Behufs der Auseinandersetzung ist seit den XII Tafeln ein *judicium divisorium*, hier *familiae herciscundae* genannt, gegeben. *Coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur, aliquam actionem constitui, qua inter coheredes res hereditariae distribuerentur* (*Gai. fr. 1. D. fam. herc. 10, 2*). *Ceterae res praeter nomina veniunt in hoc judicium; sin autem nomen uni ex heredibus legatum sit, judicio f. h. hoc heres consequitur* (*Ulp. fr. 4. pr. D. eod.*). *Cessat f. h. judicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt* (*Paul. fr. 25. § 1. eod.*). Forderungen kommen in dem Auseinandersetzungsverfahren nur dann in Betracht, a) wenn der Theilungsrichter Erbforderungen zur Abfindung des Einen oder Anderen benutzt (*fr. 3. D. eod.*); b) wenn die Interessenten über gewisse Theilungsverhältnisse sich stipulirt haben (*fr. 2. § 5. eod.*; dazu *fr. 22. § 4. eod.: praestationes personales*).

Der Theilungsanspruch steht dem Miterben zu, gleichviel ob sein Erbrecht testamentarisches oder gesetzliches ist (*fr. 2. pr. eod.*), und dem Civilerben so gut, wie dem *bon. possessor* (*fr. 24. § 1. eod.*). Das Erbrecht an sich gibt die Klage; gleichgültig dabei ist die Besitzfrage: *actio ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet* (*Gai. fr. 1. § 1. eod.*); *quantum vero ad accipiendum f. h. judicium, nihil interest, possideat quis hereditatem necne* (*Paul. fr. 25. § 2. eod.*). Die Besitzfrage ist nur insofern erheblich, als der Beklagte, welcher dem

---

*) s. oben Cursus § 833. **) s. oben Cursus § 222. †) s. oben Cursus § 725.

Kläger das Miterbrecht bestreitet, wenn er im Besitz der Sachen ist, den Kläger mit der *praescriptio: si in ea re praejudicium hereditati non fiat,** zu abgesonderter Anstellung der *hereditatis petitio* nöthigen und bis zum Austrag dieser Frage den anderen Proceß sistirt verlangen kann (*fr. 1. § 1. eod.*).

§ **870**] B. Possessorischer Rechtsschutz des Erben. 1. *Interdictum quorum bonorum.* Der Prätor gewährte, als er die Idee einer Prätorischen Erbfolge zu entwickeln begann, dem, welcher bei ihm die *B. P.* agnoscirte, ein *interdictum adipiscendae possessionis,* womit sich der *bon. possessor* gegen jeden, welcher Etwas aus dem Nachlaß sich aneignete, d. h. *pro herede* oder *pro possessore* besaß,** helfen konnte; und zwar wurde dieses Interdict wie eine Universalklage behandelt, so daß mit ihm auf ein Mal eine Mehrheit von Nachlaßstücken eingeklagt werden konnte (*fr. 1. § 1. D. quor. bonor. 43, 2; § 3. J. de interd. 4, 15*). Ueberdem gewährte es den besonderen Vortheil, daß es auch den, welcher die geforderten Nachlaßgegenstände etwa im Wege der *usucapio pro herede* erworben hatte, zur Restitution nöthigte[7] und also die Ersitzung überwand (*Gai. 3, 34; 4, 144; Cic. ad famil. 7, 21*).

Diese letztgenannte Eigenthümlichkeit des Interdicts gab ihm einen Vorzug vor der civilrechtlichen *hereditatis petitio* bis auf die Zeit Hadrians; es konnte daher auch einem Civilerben von Nutzen seyn, *B. P.* zu agnosciren, um auf diesem Wege den besonderen Schutz jenes Interdicts zu erlangen: für ihn bildete die Agnition nicht die nothwendige Basis des geltend zu machenden Erbrechts, sondern nur eine Gewähr jenes besonderen Vortheils bei der Geltendmachung. Die solchenfalls von einem Civilerben agnoscirte *B. P.* hieß daher *B. P. utilis,* während die *B. P.* dessen, der eben nur durch Agnition ein Erbrecht erlangte, *B. P. necessaria* hieß (*§ 4. J. de B. P. 3, 9; Coll. leg. Mos. XVI, 3. § 5*).

Infolge des *Sctum Juventianum* unter Hadrian galt die *usucapio pro herede* auch der civilen *hereditatis petitio* gegenüber nicht mehr. Seitdem hatte das Interdict nichts mehr vor der *hereditatis petitio* voraus, welcher es überdem darin nachstand, daß es nur gegen *corporum possessores,* nicht gegen *debitores hereditarii* ging (*fr. 2. D. quor. bon. 43, 2*); es mußte daher nun überflüssig erscheinen.

§ **871**] 2. Für specielle Fälle gab es noch besondere Rechtsmittel, welche bloß eine provisorische Regelung von Erbschaftsfragen bezweckten: a) das *interdictum quod legatorum,* ein *int. adipiscendae possessionis,* welches im Fall eigenmächtiger Besitzergreifung des legirten Gegenstandes seiten des Legatars gegen diesen gegeben wurde. *Continet interdictum hanc causam: Ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. Etenim aequissimum Praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere* (*Ulp. fr. 1. § 2. D. quod legator. 43, 3*).

---

*) s. oben Cursus § 239. **) s. oben Cursus § 863.

Usufructu legato competit [utile] interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur (*Vat. fragm.* § *90*).

Dieses Interdict kommt dem civilen und prätorischen, dem testamentarischen und Intestaterben zu und füllt insofern eine Lücke aus, als es dem Erben possessorischen Schutz gegen solche Eigenmacht verleiht, welche vor dem Erwerb des Besitzes seiten des Erben verübt wurde, so daß dieser kein *interd. recuperandae possessionis* anstellen könnte. Es geht gegen den Legatar selbst, welcher besitzt oder *dolo desiit possidere*, sowie gegen dessen besitzenden Rechtsnachfolger (*fr. 1.* § *10. eod.*), auf Restitution bez. Leistung des Interesse (*fr. 2.* § *2. eod.*), denn der Erbe kann ein Interesse daran haben, zunächst selbst den Besitz der betreffenden Sachen zu haben und sie unter den ihm gerade convenirenden Umständen dem Bedachten seiner Zeit zu überantworten. — Der Interdicent mußte bereit seyn, auf Erfordern dem Legatar Bürgen wegen nachheriger Ausantwortung zu stellen (*fr. 2.* § *1. eod.*).

§ **872**] b) Zu Gunsten des Testamentserben bestimmte ein Edict Hadrian's, daß er auf Grund eines in der äußeren Form („*prima figura*") vollständigen, unversehrten und gehörig publicirten Testaments sofortige Besitzeinweisung in den Nachlaß erlangen könne; er hat davon den Vortheil, daß er die Nachlaßverwaltung, welche ihm sonst vielleicht bis zum Austrag eines längeren Erbrechtsstreits (z.B. über *testamentum ruptum, falsum* oder *irritum: Paul. III, 5.* § *14*, oder wegen einer Substitution: *l. 1. C. de Edicto D. H. tollendo 6, 33*) vorenthalten bliebe, alsbald in die Hand bekommt, sowie daß ihm die bequemere Rolle eines Beklagten in dem etwa drohenden Erbrechtsstreit zu Theil wird. Wegen seiner provisorischen Natur muß aber diese *missio in possessionem ex edicto D. Hadriani* innerhalb Jahresfrist nach des Testators Ableben nachgesucht werden (*Paul. III, 5.* § *16*).

Da der nächste Zweck jenes Edicts war, die Entrichtung der Erbschaftssteuer zu beschleunigen, so waren gerichtliche Publication und augenblickliche Steuerentrichtung als Bedingungen des Besitzeinweisens vorgeschrieben; allein auch nachdem die Erbschaftssteuer aufgehoben war, blieb das Rechtsmittel wegen der besonderen Vortheile, die es gewährte, bestehen, und wurde von Justinian ausdrücklich anerkannt, indem nur die besonderen Bedingungen (Testamentspublication und Steuer) und die Jahresfrist für ungültig erklärt wurden (*l. 3. C. eod.*); es heißt seitdem *remedium ex l. ult. C. de Ed. D. Hadr. tollendo.*[8]

Die Besitzeinweisung erstreckt sich nur auf die körperlichen Stücke, welche sich im Nachlaß zur Zeit des Todes des Testator vorgefunden haben (*Paul. III, 5.* § *18*), und dringt nicht durch gegenüber einem Gegner, der entweder einen Singulartitel für sich hat oder sein wirkliches Erbrecht sofort erweist (*l. 3. C. cit.*).

§ **873**] C. Vermächtnißschutz. Auch der Legatar hat ein Klagrecht zum Schutze seines erworbenen Rechts, sobald durch den

erfolgenden Erbantritt der letzte Wille zum Stehen kommt und *dies legati venit.** Da wo die Voraussetzungen der *rei vindicatio*** gegeben sind, kann sich der Vermächtnißnehmer dieser bedienen, sowohl gegen den Erben selbst, als gegen jeden dritten Besitzer. Außerdem aber kann das *jus legati* mit der speciell gegen den belasteten*** Erben gerichteten *actio personalis ex testamento* (*s. legatorum actio s. actio ex legati causa: Ulp. fr. 9. § 1. D. de reb. cred. 12, 1*) geltend gemacht werden, da der Erbe durch den Erbantritt die auf die Erbschaft (bez. die betreffende Erbportion) gelegten Vermächtnisse als seine persönliche Verpflichtung übernimmt (*hereditati se obligat s. obstringit — debet legatum*). Der Erblasser konnte eine Formel wählen (*do lego hanc rem heresque damnas esto dare!*), welche dem Vermächtnißnehmer die Wahl des Rechtsmittels freiließ, und seit dem *Sctum Neronianum* stand an sich schon dem, welcher die dingliche Vermächtnißklage hatte, die Wahl der Personalklage frei (z. B. *fr. 33. 85. D. de legat. I*).

Die persönliche Testamentsklage wurde bei Fideicommissen durch eine *extraordinaria persecutio*† ersetzt, welche gegen den Belasteten gewährt wurde. *Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione* [*persecutione?*] *consistit* (*Paul. IV, 1. § 18*). Die freie Stellung des Richters in dieser Proceßart gewährte der Billigkeit individueller Rücksichten einen großen Spielraum, und dieser bei Interpretation letzter Willen besonders hervortretende Vortheil war es vorzugsweise, welcher in der nachclassischen Zeit die rasche Annäherung der Legate an die Fideicommißnatur bewirkte.

§ 874] Ein besonderer Fall ist die *praetermissio causae testamenti*††: die Klage, welche hier den Legataren aus dem Edict gewährt wird, ist die *legatorum actio s. petitio,* mit der Besonderheit, daß der Prätor sich die *causae cognitio* vorbehält (*fr. 6. § 3. D. si quis omissa causa 29, 4*). *Totiens Edictum Praetoris locum habebit, quotiens aut quasi heres legitimus possidet, aut quia bon. possessionem accipit ab intestato, aut si forte quasi praedo possideat hereditatem, fingens sibi aliquem titulum ab intestato possessionis; quocunque enim modo hereditatem lucrifacturus quis sit, legata praestabit* (*Ulp. fr. 1. § 9. D. eod.*). —

Außerdem sorgte das Prätorische Edict auch für den Fall, daß das ausgesetzte Vermächtniß nach dem Erbantritt noch schwebend bleiben mußte, für die Sicherheit des Bedachten, indem es diesem einen Anspruch auf Bürgenstellung (*cautio legatorum servandorum causa*) gegen den Belasteten gewährte. Die Jurisprudenz übertrug dieses Recht auch auf den Fideicommissar (*fr. 1. § 10. 11. D. ut legator. s. fideic. serv. c. caveatur 36, 3*). Im Weigerungsfalle erlangt der Vermächtnißnehmer Besitzeinweisung in die Nachlaßstücke, welche der Belastete besitzt, mit den regelmäßigen Wirkungen††† der *missiones in possessionem* (*fr. 5. pr. D. ut in possessionem legator. vel fideic. serv. c. esse liceat 36, 4*). —

*) s. oben Cursus § 847. **) *legatum per vindicationem:* s. unten Cursus Kap. 59. ***) s. oben Cursus § 813. †) s. oben Cursus § 217. 297. 339. 351 sub II. ††) s. oben Cursus § 858. †††) s. oben Cursus § 560. 570.

Seit Caracalla endlich konnte überhaupt im Fall ungebührlichen Zögerns des Belasteten der Bedachte die s. g. *missio Antoniniana* in das eigne Vermögen des Zögernden verlangen,* wenn 6 Monate seit dem Antrag *pro tribunali* verstrichen sind, und der *immissus* durfte sich aus den Früchten Befriedigung verschaffen (*fr. 5. § 16—18. 22. D. eod.*).

Literatur: 1) Dernburg Ueber das Verhältniß der *hereditatis petitio* zu den erbschaftlichen Singularklagen (Heidelb. 1852) S. 20 ff. — 2) Löhr in s. Magazin f. Rechtswiss. u. Gesetzgebung IV (1825) S. 24 ff. u. Arndts Beitr. zu verschiedn. Lehren des Civilr. u. Civilproc. 1. H. (Bonn 1837) S. 23 ff. 67 ff. — 3) Leist d. *Bon. Possessio II.* 2. S. 42—62. Vergl. auch Arndts S. 50—59; abweichend Fabricius i. Rhein. Mus. IV. S. 178 ff. 209 ff. u. Ders. Ursprung u. Entwicklung der *B. P.* S. 197 ff. — 4) Leist II. 2. S. 40. u. Köppen Syst. d. Röm, Erbr. I. S. 112. — 5) Vergl. dazu Bechmann d. Röm. Dotalrecht I. (Erlangen 1862) S. 81. — 6) Köppen I. S. 115. — 7) Huschke Studien d. R. R. I. (Breslau 1830) S. 1—24. Puchta Curs. d. Instit. III. § 316. Anm. c). — 8) v. Savigny i. d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. VI. S. 233 ff. v. Löhr i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VI. No. 9.

Zweiter Titel.

Die einzelnen Successionsarten.

LVI. Kapitel.

I. Die reine Universalsuccession.

1. Die testamentarische Universalsuccession.

§ 875] Der letzte Wille kann sich in mannichfachen Dispositionen manifestiren: in Erbeinsetzungen und Enterbungen, Legat- und Fideicommißaussetzungen, Freilassungen und Vormundsernennungen. Unter diesen Dispositionen ist die Erbeinsetzung (*institutio, scriptio, nuncupatio heredis*) die wichtigste, weil grundlegende; sie ist die grundlegende Disposition, weil sie über das *universum jus defuncti* Bestimmung trifft, und mithin keine der übrigen letztwilligen Anordnungen davon unabhängig gedacht werden kann.

In Bezug auf die Frage, wer Erbe werden solle, konnte sich nach altem Civilrecht der Erbe äußerst frei bewegen: dem Testator stand frei, von der Erbfolge auszuschließen, wem er die Ehre des Erbrechts versagen wollte, wenn derselbe außerdem Erbe geworden seyn würde; — Einen zum ausschließlichen Erben (*ex asse*) zu ernennen oder aber Mehrere und zwar zu gleichen, oder ungleichen Theilen neben einander einzusetzen, — nicht bloß Erben in erster Linie, sondern auch

*) s. oben Cursus § 570.

solche für gewisse Eventualitäten, m. a. W. primäre und subsidiäre Erben, zu ernennen (*instituere et substituere*); — endlich auch die Erbeinsetzung von einer Suspensivbedingung* abhängig zu machen oder mit einem *modus*** zu verbinden. Minder frei dagegen war ein Testator von Alters her in Betreff der Frage, wer Erbe werden könne, denn der Kreis des persönlichen *commercium mortis causa* war ein beschränkter.

§ 876] A. *Institutio*† *heredis.* Der an der Spitze der Römischen Testamentslehre stehende Satz, daß die Ernennung eines Erben das principale Element eines jeden Testaments sei, wird von den Römischen Juristen so ausgedrückt: *Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio* (*Gai. 2, 229*) — *Vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit* (*Ulp. fragm. 24, 15*) — *Testamentum vires per institutionem heredum accipit* (*Ulp. fr. 10. D. de codicillis 29, 7*).

Hieraus folgt 1) betreffs der Form: die Ernennung des oder der Erben muß an der Spitze des Testamentstextes stehen. *Qui testatur, ab heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti* (*Ulp. fr. 1. pr. D. de hered. instit. 28, 5*) — *Ante heredis institutionem legari non potest* (*Paul. Sent. rec. III, 6. § 2*) — *Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest* (*Gai. 2, 230*) — *Nostri praeceptores nec tutorem eo loco dari posse existimant; sed Labeo et Proculus tutorem posse dari putant, quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione* (*Gai. 2, 231*). Das Verhältniß verwickelt sich im Fall einer Zwischenstellung des Legatspassus: *inter medias heredum institutiones, sive alter sive uterque adeat, potest legari; interdum dimidium, interdum totum debetur: dimidium, si per vindicationem legatum sit, totum, si per damnationem*†† (*Paul. l. c.*). Erst Hadrian gestattet ausdrücklich, auch mit einer *exheredatio* zu beginnen (*fr. 1. pr. D. cit.*).

2) betreffs des Inhalts: an der Erbeinsetzung hängt die Geltung der übrigen testamentarischen Anordnungen. *Inutile est testamentum, in quo nemo recto jure heres instituitur* (*Gai. 2, 248*) — *Nihil in testamento scriptum valet sine heredis institutione* (*Modest. fr. 1. § 3. D. de vulgari substit. 28, 6*).

§ 877] Die Fassung der Erbeinsetzung verlangt den *solennis mos*, d. h. *verba civilia* (*imperativa et directa*), z. B. *Titius heres esto! Titium heredem esse jubeo* (*Gai. 2, 117*); *Titius hereditatis meae dominus esto* (*Marcian fr. 78. pr. D. de her. inst. 28, 5*); ob auch andere Wendungen statthaft seien, war noch im classischen Recht bestritten (z. B. *Titium heredem esse volo, heredem instituo, facio: Ulp. fragm. 21*). Erst unter Constantin's Söhnen (a. 339) ward jede, überhaupt nur deutliche, Wendung für genügend erklärt (*l. 15. C. de testamentis 6, 23*).

Die Person des Erben braucht nicht gerade mit Namen bezeichnet

*) s. Cursus § 463. sub 1). **) s. ebendas. sub 3). †) Dies der allgemeine Ausdruck, unter welchen sowohl das *scribere*, als auch das *nuncupare heredem* fällt (*Ulp. fr. 1. § 1. D. de hered. instit.* 28, 5). ††) Vergl. unten Cursus Kap. 59.

zu seyn (*fr. 58. pr. D. de hered. inst. 28, 5*); wenn nur die Erbeinsetzungsworte im Testament selbst stehen, kann wegen der Namhaftmachung des Erben auf ein folgendes Codicill verwiesen werden (*fr. 77. eod.: „quem heredem codicillis fecero, heres esto!"* s. g. *testamentum mysticum*). *Institutio talis: „Si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto!" non est inutilis; est enim conditionalis institutio, quae testamento data est* (*Ulp. fr. 10. pr. D. de condit. instit. 38, 7*).

§ **878**] Die Erbeinsetzung kann sich (abgesehen von der verschiedenen Größe der Erbportionen) verschieden modificiren, d. h. die mehreren im Testament genannten Erben können entweder gleichartig oder ungleichartig eingesetzt seyn.* Gleichartig ist die Einsetzung, wenn die mehrern Erben einfach und ohne Bevorzugung neben einander, sei es *cum partibus* (*adscriptis*) oder *sine partibus* (ohne Aussetzung bestimmter Portionen), genannt sind. Der erstere Fall fordert Repartition der Differenz *pro portionibus hereditariis*, wenn die Summe der aufgeführten Portionen mehr oder weniger als ein Ganzes ausmacht; das Uebermaß wird abgezogen (*heredibus decrescit: Ulp. fr. 13. § 4. D. de her. inst. 28, 5*), der Rest hinzugethan (*heredibus accrescit: fr. 13. § 3. eod.*). Der andere Fall gilt als Anordnung von Kopftheilen (*portiones viriles, partes aequales: fr. 9. § 12. D. eod.*), und mithin ist hier die Größe der Portionen das Ergebniß eines einfachen Divisionsexempels. Wenn ein Miterbe ausfällt, accrescirt die vacante Portion den übrigen *pro portionibus hereditariis*.

Ungleichartig ist die Einsetzung, entweder 1) wenn einer, bez. mehrere Erben durch gruppenweise Verbindung mit einem bez. mehreren Anderen, oder aber durch Vorberufung ein Vorrecht haben sollen. Der erstere Fall hängt mit dem Begriff der (letztwilligen) Conjunction zusammen, der andere Fall gehört unter den Begriff der (letztwilligen) Substitution. Beide Fälle haben ihre Analogie im Intestaterbrecht: dem ersteren entspricht hier die *successio in stirpes*, dem anderen die *successio ordinum*.

§ **879**] *Conjuncti s. conjunctim instituti* sind diejenigen Erben, welche nach der Absicht des Testator so neben einander berufen sind, daß sie im größeren Kreis der Erben eine engere Gruppe bilden und bei Wegfall Eines von ihnen ein vorzugsweises Anrecht auf Accrescenz der vacanten Portion haben sollen.** Dies wird nicht bloß von den zu derselben Portion und in demselben Satze (d. h. in unmittelbarer Redeverbindung) Eingesetzten (*re et verbis conjuncti*), sondern auch von den in getrennten Sätzen, aber doch zu derselben Portion Eingesetzten (*re tantum conjuncti*) angenommen; solche, die in demselben Satze eingesetzt sind (*verbis conjuncti*), gelten im Zweifelsfall zugleich als *re conjuncti*[1]: (*1*) *Conjuncti sunt, quos et nominum et rei complexus jungit, veluti: „Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto!"*

---

*) Ueber die *heredis institutio ex re certa* s. unten § 925. **) Ueber das Accrescenzrecht und die *lex Papia Poppaea* vergl. den Excurs zu diesem Kapitel.

(Paul. fr. 142. D. de V. S.) — (2) *Julianus refert, si quis ita heredem scripserit: „Titius ex parte dimidia heres esto, Sejus ex parte dimidia; ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius heres esto!" dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Sejum et Sempronium conjungere. Quod est verius, et ideo conjunctim eos videri institutos; sic fiet, ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant (Ulp. fr. 15. D. de her. inst. 28, 5)* — (3) *„Titius heres esto; Sejus et Maevius heredes sunto!" Verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur (Cels. fr. 59. § 2. eod.)*. Das Vorrecht in der Accrescenz fällt weg, wenn die Portionen der *verbis conjuncti* ausdrücklich getrennt sind: *Si ita quis heredes instituerit: „Titius heres esto, Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto!" quamvis et syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus; quia non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur (Pomponius fr. 66. eod.)*.

§ **880**] *Substituti* im weitern Sinn sind überhaupt solche eventuell Berufene, welche vorläufig durch einen Vordermann ausgeschlossen werden. In alter Zeit schon lag es nahe, daß der testirende Vater, indem er seinem unmündigen *suus heres* einen Vormund ernannte, zugleich über das Schicksal des Vermögens für den Fall, daß der Erbe in der Unmündigkeit versterben sollte und also von ihm kein Testament errichtet werden könnte, Bestimmung traf; diese Bestimmung war gewissermaßen nur eine Ergänzung der Vormundsernennung, denn der Vormund konnte nicht mit dem Pupillen oder für ihn testiren. Der *suus heres* war solchenfalls der primäre Erbe, und daß dieser eingesetzt war, bildete die Voraussetzung einer gültigen Substituirung; der secundäre Erbe ward zu demselben Vermögen berufen, welches dabei noch immer gewissermaßen als das Vermögen (die Erbschaft) des Testator selbst gedacht ward[2]: eine Anschauung, die bei *Cic. de invent. 2, 42* ganz entschieden hervortritt (*Lucius filius heres meus esto! Si Lucius filius moriatur, priusquam in suam tutelam veniat, tunc Titius mihi heres esto!*) und auch später nicht aus dem Volke verschwindet (s. z. B. *Jul. fr. 8. § 1. D. de B. P. s. t. 37, 11; Paul. fr. 38. § 1. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6*). Wir erkennen in ihr die ursprüngliche Indifferenz der *substitutio in primum* und *secundum casum*, die später in der *duplex substitutio* oft frei verbunden wurde.

Von jenem Punkte aus mußte man sich bald mit der Möglichkeit einer eventuellen Berufung anderer Art befreunden: diese ist die (nicht von *patria potestas* abhängige) *substitutio vulgaris*, eine Varietät der *institutio*, beruhend auf der Unterscheidung der Testamentserben nach Graden (*plures gradus facere*). Das Künstliche liegt hier darin, daß mit der unbedingten Berufung des Einen sich eine bedingte Berufung Anderer verbindet; dennoch fand sie Anerkennung und wurde sogar als *mutua substitutio* zugelassen: *Potest quis in testamento plures gradus heredum facere; puta „Si ille heres non erit, ille heres esto!" et*

deinceps plures; ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituat. Et vel plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singulis singuli, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt (*Marcian fr. 36. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6*). Auch sonst wurden noch besondere Modalitäten anerkannt.* *Ergo et ad breve tempus aetatis substituere potest, ut puta: „Si filius meus intra annum decimum decesserit, Titius mihi heres esto“* (*Paul. fr. 38. § 1. eod.*; dazu *fr. 43. § 1. eod.*).

§ **881**] Im Gegensatz zu dieser ausgebildeten Vulgarsubstitution stellt sich nun diejenige, welche der Testator kraft seiner *patria potestas* (*fr. 2. pr. D. eod.*) anordnen konnte (*substitutio pupillaris*), als eine *substitutio in secundum casum* dar, d. h. sie erscheint als ein stellvertretendes Testiren, indem der *paterfamilias* für den Fall, daß der *suus heres impubes* in Unmündigkeit und folglich *intestato* sterben sollte, einen Erben für den pupillarischen Nachlaß ernennt. Diese Ernennung bestimmt also nicht einen (eventuellen) Ersatzmann, sondern einen (eventuellen) Nachfolger, und ist ein vom Vater für sein Kind anticipationsweise errichtetes Testament. Sie setzt ein rechtsbeständiges eigenes Testament des Vaters voraus (*fr. 1. § 3. D. eod.*); wer *pupillariter* substituirt, testirt über zwei Erbschaften, die gegenwärtige eigne und die zukünftige pupillarische; gleichgültig ist dabei, ob das Kind selbst instituirt und Erbe des Vaters wird.

Die Institution und die Pupillarsubstitution können in demselben oder in getrennten Testamenten (z. B. *fr. 20. eod.*; *fr. 8. § 4. D. de B. P. s. t. 37, 11*) angeordnet werden, aber die Pupillarsubstitution steht und fällt immer mit der Institution, und kann dieser nicht vorausgehen (*fr. 2. § 4. D. de subst. 28, 6*; *§ 5. J. de substit. 2, 16*: *pupillare testamentum est pars et sequela paterni testamenti*). Um den Pupillen vor Nachstellungen des *secundus heres* zu bewahren (*Cic. pro Cluent. 11*), liebte man, die Pupillarsubstitution „*separatim in inferioribus* (*s. secundis*) *tabulis*“ (*Gai. 2, 181*) anzuordnen und zu bestimmen, daß die Eröffnung dieser Urkunde erst nach des Pupillen Tode stattfinden solle.

§ **882**] Gewöhnlich wurde mit der Pupillarsubstitution eine Vulgarsubstitution verbunden (s. g. *substitutio duplex s. in utrumque casum*): „*Titius filius meus mihi heres esto; si filius meus mihi heres non erit, sive heres erit et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Sejus heres esto!*“ (*Gai. 2, 179*). Wie aber, wenn nur die eine ausdrücklich angeordnet war? Daß eine Pupillarsubstitution zugleich als stillschweigende Vulgarsubstitution auszulegen sei, wurde, wie es scheint, seit Cicero** (i. J. 93 v. Chr.) angenommen;[3] daß auch die um-

---

*) Ueber die Regel: *substitutus substituto est etiam substitutus instituto*, sowie über andere Substitutionsfiguren vergl. die Pandektenvorträge. **) Das berühmte Präjudiz erging im Centumviralgericht in der *causa Curiana* (*Cic. de inv.* 2, 42; *de orat.* 1, 39. 57; 2, 6; *pro Caec.* 18; *Quinctil. Instit. orat.* 7, 6), zufolge eines Testaments des Coponius, zu Gunsten des substituirten Curius gegenüber den klagenden Intestaterben. Vertreter der Letzteren war Q. Mucius Scaevola, Vertheidiger des Beklagten aber P. Crassus (der Nebenbuhler des M. Antonius).

gekehrte Schlußfolge, also überhaupt *tacita substitutio*, statthaft sei, wurde durch eine Constitution der *Divi Fratres* (M. Aurel. und L. Verus a. 161—169 n. Chr.) bestätigt: *ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur* (*fr. 4. pr. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6*).

Nach Analogie der Pupillarsubstitution gewährte der Princeps im einzelnen Fall auf besonderes Gesuch auch die Befugniß, für ein stummes oder wahnsinniges Kind dessen künftigen Erben im Voraus zu bestimmen (*fr. 43. pr. eod.*); doch erst von Justinian ward diese s. g. *quasi pupillaris subst.* (auch *exemplaris* oder *Justinianea* genannt) zu einer constanten Rechtseinrichtung (*§ 1. J. de pupill. subst. 2, 16*).

§ **883**] Die einfache Institution, ebenso die Vulgar- und Pupillarsubstitution setzten zu ihrer Wirksamkeit *testamenti factio passiva** des Ernannten voraus. Erbunfähig waren, außer den Peregrinen, *dediticii* (*Ulp. 22, 2*), *servi poenae* und den *lege intestabiles* (*fr. 26. D. qui test. fac. poss. 28, 1?*), folgende: a) Frauenspersonen zufolge der *lex Voconia*[4] *testamentaria s. de mulierum hereditatibus* (i. J. 169 v. Chr.), welche verordnete, daß ein zur ersten Censusclasse gehöriger Bürger nur Männer zu Erben ernennen und Frauenspersonen (selbst Töchter und Schwestern des Testirers nicht ausgenommen; *Paul. Sent. rec. II, 8. § 22?*) höchstens die Hälfte des Vermögens als Legat zuwenden dürfe (*Cic. in Verr. 1, 42; Gai. 2, 274; Gell. N. A. 7, 13; Quinctil. Declam. 264*). Frauen mit *jus liberorum* erhielten durch die *lex Papia* volle Erbfähigkeit, und auch durch Fideicommiß konnte sonst noch leicht jene Schranke, die für Vestalinnen überhaupt nicht galt, in der Kaiserzeit umgangen werden (*Gai. l. c.*). Das Intestaterbrecht der Frauen ward hiervon nicht berührt.** b) *Incerta corpora* d. h. Körperschaften, Gemeinden; doch ließ das neuere Civilrecht in der Kaiserzeit (specielle Senatsconsulte) die Erbeinsetzung nicht bloß des Fiscus, sondern auch der Municipien, sowie einiger Gottheiten zu (*Ulp. 22, 5. 6*). c) *Postumi*, denn als noch nicht vorhandene Personen fielen sie eigentlich unter die Regel: *heres institui, nisi ut certe demonstretur, nemo potest* (*Ulp. fr. 9. § 9. D. de her. inst. 28, 1*); indeß wegen der hieraus oft drohenden Gefahr der Ruption von Testamenten mußte sich das Civilrecht theils schon der republikanischen, theils auch der Kaiserzeit dazu verstehen, Ausnahmen zuzulassen,[5] was mit sorgfältiger Unterscheidung der Arten von *postumi* geschah.† *Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes; siquidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Junia Velleja* (*Ulp. 22, 19*).

Eigene Sklaven konnte der Testator einsetzen, wenn er ihnen zugleich die Freiheit gab (*Gai. 2, 185*); Einsetzung eines fremden Sklaven hatte die Wirkung, daß der Eingesetzte mit Willen seines Herrn antreten konnte (*Gai. 2, 189*).†† —

---

*) s. oben Cursus § 821. 844 sub 1). — Ueber den Unterschied von der *capacitas* s. oben Cursus § 839. **) s. oben Cursus § 892. †) s. hierüber den Excurs zu diesem Kap. ††) s. oben Cursus § 845.

Die Erbeinsetzungen aller Art können unter Suspensivbe dingung geschehen; ist die Bedingung unabhängig von des Eingesetzten eignem Willen, so kann derselbe, wenn er sich zu Caution versteht, provisorische *B. P. secundum tabulas* agnosciren (*fr. 6. 10. D. de B. P. s. t. 37, 11*); im Fall einer negativen Potestativbedingung aber, deren Erfüllung sich vollständig nicht vor dem Lebensende des Eingesetzten feststellt — z. B. *si Stichum non manumiserit* — ist gleichfalls gegen genügende Caution sofort die Erbschaft oder Erbportion auszuantworten (*fr. 7. pr. fr. 18. D. de condit. et demonstrat. 35, 1*): eine Rechtswohlthat, deren Anerkennung zuerst Q. Mucius Scaevola für bedingte Legate durchsetzte (s. g. *cautio Muciana: fr. 79. § 2. eod.*), dann aber die Praxis auf Erbeinsetzungen erstreckte.

§ **884**] B. *Exheredatio.** Eine positive Schranke gab es ursprünglich für den Testatorwillen gar nicht; der Testator war nicht gezwungen, gerade diese oder jene Person einzusetzen; auch nicht die nächsten Angehörigen hatten hierauf ein Anrecht (*Pomp. ad Mucium: fr. 120. D. de V. S.*). Hiernach konnte der Testator die, welche er ausschließen wollte, einfach unerwähnt lassen. Allein dieses Verhalten mußte bald bedenklich erscheinen: denn so war ungewiß, ob der Testator den Ausgeschlossenen wirklich habe ausschließen wollen; es war denkbar, daß er bloß ihn vergessen, aus Irrthum unerwähnt gelassen oder nicht gekannt hatte; außerdem hatte das Nennen des Kindes im Testament für den Genannten den besonderen Werth einer Anerkennung der Legitimität, denn immer wurde dem Namen im Testament die Kindeseigenschaft beigefügt (*Gai. 2, 179;* vergl. auch die *causa Curiana*). Es lag daher nahe, der Freiheit des letzten Willens hier eine Schranke zu ziehen, und es bildete sich in der Praxis die Regel aus, daß ein *paterfamilias* die *sui heredes* nicht stillschweigend, sondern nur ausdrücklich ausschließen könne, und daß ein Testament nichtig sei, in welchem ein *suus*, der ausgeschlossen werden sollte, nicht enterbt (*exheredatus*), sondern nur übergangen war (*praeteritus*).

Die ausdrückliche *exheredatio* heftete freilich dem Betroffenen einen Makel an (*nota exheredationis: fr. 20. pr. D. de B. P. c. t. 37, 4;* — dagegen *plenior honor: fr. 5. § 6. D. de legat. praest. 37, 5; judicium patris merere: fr. 1. § 6. D. de collatione 37, 6*); aber eben dies mochte manchmal den Testator von der beabsichtigten Ausschließung zuletzt noch abhalten, und so ward das Exheredationserforderniß zu einem Damm gegen Laune und Lieblosigkeit. Allein dieser Damm war noch schwach genug; die Praxis begann daher ein System von Exheredationsformalitäten zu entwickeln, welche mittelbar als Schranken der Willkür wirkten, und Q. Mucius Scaevola formulirte den Satz[6]: *exheredationes non esse adjuvandas* (*fr. 19. D. de liberis et postumis inst. vel exher. 28, 2*).

§ **885**] Im Verfolg dieser Richtung stellten sich folgende Sätze

---

*) s. oben Cursus § 835.

fest[7]: a) widerspricht sich das Testament, so gilt nicht die *exheredatio*, sondern die *institutio* (*fr. 21. eod.*); b) die *exheredatio* muß im Testament selbst geschehen und hängt von dessen Wirksamkeit ab: *in codicillis nemo heres institui potest, neque exheredari, quamvis testamento confirmati sunt* (*Gai. 2, 273*); *exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius est momenti* (*Tryph. fr. 20. pr. D. de B. P. c. t. 37, 4*); c) daß die Exheredation allen Erbeinsetzungen im Testament vorangehe, gestattete zuerst ein Rescript Trajan's (*fr. 1. pr. D. de her. inst. 28, 5*); d) die *exheredatio* mußte *civilibus verbis* geschehen („*exheres*" *Gai. 2, 127 sq.* lückenhaft! *l. 3. C. de lib. praeteritis 6, 28*); e) die s. g. *exheredatio „post mortem suam"*[8] gilt einer Präterition gleich (*fr. 13. § 2; fr. 29. pr. D. de lib. et post. 28, 2*); f) ebenso ist eine s. g. *exheredatio „in cetera parte"* ungültig, weil rücksichtlich der ausgenommenen *certa res* eine Präterition vorliegt (*fr. 19. eod.*); g) unvollständig ist eine Exheredation und daher so viel wie Präterition, wenn sie nicht in Bezug zu sämmtlichen Miterben erklärt ist: *si ab uno ex heredibus sit filius exheredatus, non videtur exheredatus* (*fr. 8. § 3. D. de B. P. c. t. 37, 4*).

Wie *ab omnibus coheredibus*, so sollte, wenn im Testament Substitutionen* verordnet waren, regelmäßig auch *ab omnibus gradibus* die *exheredatio* ausgedrückt werden: *vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere* (*Afric. fr. 14. § 1. D. de lib. et post. 28, 2*); wenn daher ein Sohn nicht dem *heres* (*primo gradu*) *institutus*, sondern nur dem *substitutus* (*secundo gradu institutus*) gegenüber enterbt ist, so ist jene *institutio* nichtig: *inde incipit testamentum, ubi filius est exheredatus* (*fr. 75. D. de her. inst. 28, 5; fr. 3. D. de lib. et post. 28, 2*), und wenn er beim 1. Grad exheredirt, beim 2. präterirt ist, so ist die Ernennung des Substituten ungültig (*fr. 8. eod.*).

§ **886**] Das Notherbrecht des *filiusfamilias* ist ein stärkeres, als das der übrigen *sui heredes*, d. h. der Töchter, Enkel und Urenkel. Dieser Vorzug zeigt sich in zwiefacher Beziehung:

1) Es wurde, etwa um die Zeit Cicero's,[9] in der Praxis des Centumviralgerichts angenommen, daß ein *filiusfamilias* nur *nominatim*, d. h. unter individueller Bezeichnung, gültig enterbt werden könne (*Cic. de orat. 1, 38. 57. Val. Max. VII, 7. § 1; Theophil. ad pr. J. de exher. liberor. 2, 13*), und dieses Erforderniß ward später auf männliche nachgeborne Enkel ausgedehnt; sonst genügte *exheredatio inter ceteros*, d. h. unter genereller Bezeichnung: *„exheredes sunto ceteri ceteraeque"* (*Gai. 2, 127; Ulp. 22, 20—22; Paul. Sent. rec. III, 4 B. § 10; l. 2. C. de lib. praeteritis 6, 28*). Diese Unterscheidung erinnert an jene Häufung der Formalitäten bei der Emancipation eines *filiusfamilias*.**

2) Die Präterition eines *filiusfamilias* rumpirte das ganze Testament (*non valet testamentum: Ulp. 22, 16; nullius est momenti: Pap. fr. 1. D. de injusto test. 28, 3*), und zwar nach Ansicht der Sabinianer so,

---

*) s. oben Cursus § 880. **) s. oben Cursus § 754. 755.

daß es von Anfang ungültig war, also auch bei Wegfall des Sohnes ungültig blieb, — und diese strengere Ansicht gewann in der nachclassischen Zeit die Oberhand (*Gai. 2, 123; fr. 17. D. eod.;* aber *fr. 7. D. de liber. et post. 28, 2*). Dagegen blieben im Falle der Präterition eines anderen Notherben die Erbeseinsetzungen, Exheredationen, Legate und Freiheitsertheilungen aufrecht (*Gai. 2, 124; Ulp. 22, 17*), der *praeteritus* ward einfach als *institutus* behandelt: *scriptis heredibus accrescit,* und zwar *in partem virilem* neben *sui, in partem dimidiam totius hereditatis* neben *extranei* (*Gai. l. c.*), seien es Ein oder mehrere Präterirte,[10] aber immer mit dem *onus legatorum.*

§ 887] **Bonorum Possessio contra tabulas.** Der Prätor, indem er das Anwendungsgebiet obigen Exheredationssystems erweiterte,[11] wollte nicht ein neues Princip einführen; dies geschah erst in der Praxis des Centumviralgerichts durch die *querela inoff. test. Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad c. t. bonor. possessionem admittendos; sicuti nec jure civili testamenta parentium turbant; sane si velint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio* (*Ulp. fr. 8. pr. D. de B. P. c. t. 37, 4*). Nachdem der Prätor einmal angefangen hatte, der Cognation mittels Einführung der *P. P. intestati* Bahn zu machen, lag es ihm nahe, dieselbe Formel (die Fiction, daß das fragliche Kind nicht emancipirt, vielmehr gewissermaßen noch *suus heres* sei) anzuwenden, um den Emancipirten ein formelles Notherbrecht, nach Art der civilen Notherben, zu gewähren.* Gleichwie die civilen Notherben mit der ersten Classe der civilen Intestaterben identisch sind, so erhob auch der Prätor seine erste Intestatclasse zugleich zu formellen Notherben, — wahrscheinlich schon vor der Zeit des Augustus, denn selbst die dem Patron zustehende *B. P. c. t.* war bereits in der Zeit Cicero's ausgebildet (*Cic. in Verr. 1, 48*), und um dieselbe Zeit begann schon die *querela inofficiosi* sich zu entwickeln.[12]

Intestaterben erster Classe waren nach Prätorischem Recht außer den *sui* die *liberi emancipati: suus heres quive inter suos heredes ad B. P. a Praetore vocantur* (*Ulp. 26, 8*). *Quamvis enim jure civili deficiant liberi, qui propter capitis diminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis diminutionem Praetor* (*Paul. fr. 6. § 1. D. de B. P. 37, 1*) — *quodsi neque heredes instituti fuerint, neque exheredati, promittit iis Praetor c. t. B. P.* (*Gai. 2, 135* [lückenhaft] = *§ 3. J. de exheredat. liberor. 2, 13*).

Da hiernach die *patria potestas* (als wenigstens einmal begründet gewesene) die Grundlage blieb, waren vom Prätorischen Notherbrecht ausgeschlossen: nicht bloß alle Kinder ihrer Mutter gegenüber, sondern auch alle unehelichen Kinder, so gut wie die Tochterkinder überhaupt; doch erweiterte die spätere Praxis den Kreis, indem sie wohl auch *in manus* oder Adoption gegebene Kinder, wenn sie dann *sui juris* wurden (*fr. 1. § 6. D. de B. P. c. t. 37, 4*), ferner solche Kinder, welche

*) s. oben Cursus § 835.



mit ihrem Vater zugleich Civität erlangten, ohne in dessen Potestas zu fallen u. s. w. (*fr. 5. § 1. D. si tabulae exstant 37, 2; fr. 5. § 1; fr. 6. § 2. D. de B. P. c. t. 37, 4*), endlich sogar selbständig gewordene Kinder eines Römers, der sich in Arrogation gegeben hatte, zuließ (*fr. 14. § 1; fr. 17; fr. 3. § 9. D. eod.*).[13]

§ 888] In Betreff der Form, welche bei der Einsetzung oder Enterbung zu beobachten war, um die *B. P. c. t.* abzuwenden, hielt sich der Prätor an das Civilrecht als Vorbild, mit der einen Ausnahme, daß er die *exheredatio nominatim facta* für alle männlichen Notherben (also auch Enkel) forderte *Gai. 2, 129. 135; Ulp. 22, 23; Theoph. ad § 3. J. de exher. liberor. 2, 13*).

Die Wirkung einer Präterition ist, daß, wofern das Testament im Uebrigen civil oder prätorisch in Ordnung ist, die *B. P. c. t.* gewährt wird: diese hat also ein Testament zur Voraussetzung (*B. B. ex testamento: § 3. J. de B. P. 3, 9*), greift aber zugleich dasselbe an (*contra tabulas B. P.*), und zwar unmittelbar beim Tode des Testator (*fr. 4. 19. D. de B. P. c. t.*). An der Notherbfolge aber nehmen dann nicht bloß die Präterirten (*committitur edictum per eos*), sondern ebenso die etwa eingesetzten Kinder Theil, damit dieselben nicht in Nachtheil kommen: sie können aus der Person des Präterirten, falls dieser selbst von seinem Recht Gebrauch macht, (*commisso per alium edicto*) die *B. P. c. t.* petiren (*fr. 14. pr. eod.; fr. 14. pr.; fr. 16. D. de legat. praest. 37, 5*); ja dieses Notherbrecht wird selbst den *in aliena familia* übergegangenen Kindern des nächsten Grades gewährt, wenn der Testator sie mit eingesetzt hatte (*fr. 8. § 11; fr. 13. § 1. D. de B. P. c. t.*).[14]

Die regelmäßige Wirkung der durchgesetzten *B. P. c. t.* ist a) daß die Gesammtheit der *bonor. possessores c. t.* den ganzen Nachlaß erhält, mit Ausschluß aller anderen Erben;[15] Vertheilung und Accrescenz geschehen nach dem Vorbild des Civilrechts; b) daß auch die etwaigen Legate wegfallen; doch beschränkte eine besondere Edictsclausel diese Wirkung zu Gunsten gewisser Angehörigen: denselben sollten die ausgesetzten Legate von den Notherben, die nicht wirkliche *sui* waren, entrichtet werden; die zufolge dieses *Edictum de legatis praestandis c. t. bon. possessione petita* ausgezeichneten Personen (*personae exceptae*) waren Kinder und Eltern, in beschränkter Weise (*legatum dotis*) auch die Ehefrau und Schwiegertochter (*fr. 1. 15. pr. § 4. D. de legat. praest. 37, 5*). Praxis und Gesetzgebung seit Julian erweiterten dann diese Bestimmung dahin, daß, wenn eine solche *persona excepta* etwa gar zum Erben eingesetzt sei, auch dieser Theil des letzten Willens aufrecht bleiben sollte (*portio conservatur: fr. 5. § 6. 8; fr. 6. D. eod.*).[16]

Directe Freiheitsertheilungen wurden nicht entkräftet, wenn unter den antretenden Erben ein *heres institutus* war;[17] Exheredationen, Vormundsernennungen und Pupillarsubstitutionen blieben aufrecht, da sie die Notherben nicht beeinträchtigten (*fr. 10. § 5. D. eod.; fr. 34. § 2; fr. 35. D. de substit. 28, 6*).

§ 889] Collationspflicht. In einer anderen Clausel des Edicts erhielt eine Billigkeitsrücksicht Ausdruck, welche sich sofort bei Einführung der *B. P.* sowohl *ab intestato** als *contra tabulas* geltend machen mußte. Alle die Vocirten, welche, ohne selbst *sui* zu seyn, neben diesen zur Erbfolge gelangten, hatten sich bis dahin in einer günstigeren Rechtslage befunden, was zu einer Ausgleichung mit der Rechtslage der concurrirenden *sui* auffoderte. „Während der *emancipatus,* seit der Emancipation *homo sui juris,* Alles, was er erwarb, zu eignem Vermögen erworben hat, ist der ganze Erwerb des *suus* in das Vermögen des Vaters gelangt und mithin — soweit überhaupt noch vorhanden — in dem väterlichen Nachlaß enthalten. Um die nothwendige Ausgleichung herbeizuführen, ließen sich zwei Wege einschlagen: entweder mußte der *suus* im voraus erhalten, was von seinem Erwerb in der *paterna hereditas* sich befand, oder der *emancipatus* mußte sein eignes Vermögen mit dem *suus* zu theilen genöthigt werden. Der Prätor wählte aus einleuchtenden Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit den zweiten Weg; aller Wahrscheinlichkeit nach war sofort bei Einführung jener beiden *bon. possessiones* die *collatio bonorum* das Maß, unter welchem die Theilnahme der *emancipati* am Erbrecht neben *sui* dem Edict allein zulässig erschien.“ [18]

Bei der testamentarischen Succession war von Collation (Einwerfung) keine Rede; das Edict handelte von ihr für die *B. B. intestati* und *c. tab.* an getrennten Stellen (*fr. 20. § 1. D. de B. P. c. t. 37, 4*).[19] Als verbunden zur Collation galten hiernach zunächst die Emancipirten, die zur *B. P.* gelassen wurden: *Hic titulus manifestam habet aequitatem; quum enim Praetor ad B. P. c. t. emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credidit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna* (*Ulp. fr. 1. pr. D. de collatione 37, 6*). Hiervon wird das Rechtsinstitut schlechthin prätorische Collation oder *collatio emancipatorum* genannt;** allein die Collationspflicht wurde dann auf die übrigen zur *B. P. c. t.* Zugelassenen erstreckt (*fr. 1. § 14; fr. 5. pr. D. eod.*).[20]

Die Collationspflicht enthielt eine Cautionsverbindlichkeit, d. h. im Sinn des Edicts eine Verbindlichkeit zur *stipulatio collationis cum satisdatione, bona ex arbitratu boni viri collatum iri;* seit Pomponius ward auch Pfandbestellung für genügend angesehen, und wenn die Parteien über die *conferenda* einig waren, konnte sofortige Realcollation stattfinden (*fr. 1. § 11. 12; fr. 2. § 2. D. eod.*). *Emancipati liberi praeteriti si velint se miscere paternae hereditati, et cum his, qui in potestate remanserint, communis patris dividere hereditatem, de conferendo cavere cum satisdatione debebunt; quodsi satisdare non possunt, statim ex fide bonorum confusionem facere cogendi sunt* (*Paul. Sent. rec. V, 9. § 4*).

---

*) Vergl. das folg. Kap. **) Im Unterschied von der auf ganz anderen Grundsätzen beruhenden Descendentencollation des Justin. Rechts.

§ 890] Die Collationspflicht erhielt ihre nähere Bestimmung betreffs der Fragen, wer collationsberechtigt, und was Collationsobject sei, durch folgende zwei Gesichtspunkte[21]: a) die *B. P. c. t.* fügt dem concurrirenden *suus* eine „*injuria*" zu (*fr. 10. D. eod.*), wofür die Collation eine Genugthuung gewähren soll; daher conferirt der Emancipirte nie einem Emancipirten, lediglich den sui, welchen er Concurrenz macht, und nur dann, wenn er sie dadurch beeinträchtigt; — z. B. gegenüber einem Testament des Großvaters conferirt der emancipirte Vater nur seinen in der Gewalt des Großvaters gebliebenen Kindern, nicht seinen Geschwistern (*fr. 1. § 13. D. de conjung. cum emanc. liberis ejus 37, 8*), und die Collation fällt weg, wenn der Emancipirte durch die *B. P. c. t.* nicht mehr erhält, als ihm durch das Testament zugedacht war (*fr. 1. § 6. 7. D. de collat.*). *Toties igitur collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati; ceterum si non est, collatio cessabit* (*Ulp. fr. 1. § 5. eod.*). b) Der Emancipirte darf nicht besser gestellt seyn, als der *suus*, daher ist Alles Collationsobject, was der Pflichtige seit der Emancipation zu Eigen erworben hat (*fr. 1. pr. D. eod.; Coll. leg. Mos. 16, 7*). Hiervon mußte in der Kaiserzeit jedoch das ausgenommen werden, was nun nicht mehr als ein Präcipuum erschien, m. a. W. das, worauf des Emancipirten Miterbe, auch wenn er *suus* wäre, keinen Anspruch machen könnte[22]: nämlich das *peculium castrense* und *quasi castrense* (*fr. 1. § 15. D. eod.*), sowie die für die *uxor* seines *filiusfamilias* bestellte *dos* (*fr. 3. § 4. eod.*). Außerdem stellte der Prätor, wahrscheinlich in einem Anhang an jene Hauptstelle der *collatio*, zur Ausgleichung eines civilrechtlichen Mißverhältnisses zwischen der Lage des *filiusfamilias* und der *filiafamilias*, den Satz fest, daß der *sua*, sofern sie durch des Vaters Tod das ausschließliche Recht auf die *dos* erhielt,* die Verbindlichkeit zur *collatio dotis* (*profecticiae* und *adventiciae*) in ähnlicher Weise obliege, wie dem *emancipatus* die seines Vermögens (*fr. 1. § 1; fr. 3. D. de dotis collat. 37, 7*); was um so näher lag festzustellen, weil eine solche Dos dem *peculium profecticium*, welches doch ein Bestandtheil der *paterna* blieb, ähnlich war (*Diocl. l. 12. C. de collation. 6, 20*); mit Rücksicht auf diese letztere Aehnlickeit ließ Gordian auch die Emancipirten an der *dos* (wenigstens der *profecticia*) als Collationsberechtigte theilnehmen (*l. 4. C. eod.*). — Nach einem Rescript des Antoninus Pius mußte die *sua* selbst dann conferiren, wenn sie, statt *B. P. c. t.* zu agnosciren, ihr civiles Erbrecht geltend machte (*fr. 1. pr.; fr. 9. D. eod.*).[23]

Literatur: 1) Mayer d. Recht d. Anwachsung bei dem testamentar. u. gesetzl. Erbrecht u. bei Legaten u. Fideicommissen (Tüb. 1835) S. 60 ff. Abweichend Mühlenbruch Pand. III. § 667. u. A. — 2) Herb. Pernice (Ueb. *substitutio tacita*) in Bekker's Jahrb. d. gem. deut. R. I. (1857) S. 239 ff. — 3) Munzinger d. *causa Curiana* u. d. testamentar. Succession (Bern 1855) S. 15 ff. Mühlenbruch i. d. Forts. d. Glück'schen Commentars Thl. 40. S. 267. u. besonders Pernice a. a. O. S. 234 ff. (s. dort auch die ältere Literatur). — 4) v. Savigny Ueber d. *lex Voco-*

*) s. oben Cursus § 787.

nia (1820; i. d. verm. Schriften I. S. 407—446). Hasse (Zur *lex Voconia*) i. Rhein. Mus. III. S. 183—215. Bachofen d. *lex Voconia* u. die mit ihr zusammenhäng. Rechtsinstitute (Bas. 1843). Rudorff (Kritik des vor. Werks) in den kritischen Jahrbb. d. Rechtswiss. 1844. No. 58. Ders. Röm. Rechtsgesch. I. S. 56. — 5) Ad. Schmidt d. formelle Recht d. Notherben (Leipz. 1862) S. 5—16. — 6) Ders. S. 20. — 7) Förster *de B. P. liberorum praeteritorum c. t. parentum* (Bresl. 1823) p. 59. Schmidt S. 39. — 8) Ders. S. 22. 46—56. Köppen Syst. d. Erbrechts I. S. 97 bis 101. — 9) Schmidt S. 57. — 10) Bluntschli Entwicklung d. Erbfolge gegen d. letzten Willen nach R. R. (Bonn 1829) S. 38. Schmidt S. 24. — 11) Ueber Zeit, Anlaß u. Princip (*adjuvandi, supplendi* oder *corrigendi juris civilis causa?*) vergl. die verschied. Ansichten v. Francke d. Recht d. Notherben u. Pflichttheilsberecht. (Gött. 1831) S. 121 ff. Leist die *Bon. Poss.* II. 1. S. 151 ff. Hingst *Comment. de B. P.* (Amsterd. 1858) p. 147 sq. v. Savigny Verm. Schr. II. S. 230. Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. 37. S. 5 ff. Schmidt S. 66. 67. Köppen Erbrecht I. S. 101—104. — 12) Huschke in den krit. Jahrbb. f. Rechtswiss. 1839. S. 16 ff. Schmidt S. 66—71. Abweichend Fabricius, Bluntschli, Hingst u. A. — 13) Schmidt S. 71—81. — 14) Ders. S. 93. 96. — 15) Ausnahmen s. bei Dems. S. 101—6. — 16) Francke S. 147. Schmidt S. 138; zum Theil abweichend Förster p. 412 u. Mühlenbruch Thl. 37. S. 32 ff. — 17) Schmidt S. 146. — 18) Ders. S. 107. Hauptwerke über Collation: Pfizer Ueb. Collation der Descendenten (Stuttg. 1807). Francke civilist. Abhandlungen (Gött. 1826) S. 220 ff. Fein d. Recht d. Collation nach den Grunds. d. R. R. (Heidelb. 1842). Arndts in Weiske's Rechtslexicon III. S. 820 ff. Dazu Ad. Schmidt (Ueb. d. Princip d. prätor. Collation) in Bekker's Jahrb. d. gem. R. IV (1860) S. 110—121. — 19) Fein S. 77 ff. — 20) Schmidt d. form. R. d. Notherben S. 113. 114. — — 21) Ders. S. 111. — 22) Fein S. 61. v. d. Pfordten krit. Jahrbb. d. Rechtswiss. 1844. S. 874. — 23) Schmidt S. 123.

LVII. Kapitel.

2. Gesetzliche Universalsuccession.

(Intestaterbfolge.)

§ 891] A. Erbschaft Freigeborener. Die *successio ab intestato* greift Platz, entweder wenn der *defunctus* gar kein Testament hinterlassen hat, oder das hinterlassene Testament wegen eines Testirmangels *ipso jure* nichtig ist,* oder auch, wenn zwar ein Testament errichtet und gültig ist, aber keiner der eingesetzten Erben die Erbschaft erwerben kann oder will, und folglich *testamentum destitutum* wird.

1. *Legitima hereditas.* Das System des altnationalen Intestaterbrechts beruht unmittelbar auf den XII Tafeln und hat mehrere Jahrhunderte ohne wesentliche Veränderung fortbestanden. Zwei große Principien aber sind es, welche dieses System zu einer uns fremdartigen Erscheinung stempeln: a) da die ehelichen Nachkommen aus Römischer Ehe und die *uxor in manu personae alieni juris* sind und folglich kein eigenes Vermögen haben, so kann, wenn sie während bestehender Gewalt sterben, überhaupt von ihrer Beerbung keine Rede seyn; b) da das Gesetz den Willen des *defunctus* zu ersetzen bezweckt, so beruft es nur diejenigen Personen zur Erbfolge, welche zu dem K eise der civilrechtlichen *familia* des *defunctus* gehören, d. h. welche

*) s. oben Cursus § 824.

er dadurch anerkannt hat, daß er sich nicht von ihnen familienrechtlich getrennt (durch *emancipatio, datio in adoptionem, divortium*, bez. durch Selbsthingabe in Arrogation!), oder daß er sie gar selbst erst in diesen Kreis aufgenommen hat (durch Adoption).*

Das alte Erbsystem gestaltet sich hiernach sehr einfach: beerbt werden können nur die, welche *propria familia* haben, erben aber können nur die, welche derselben großen Agnatenfamilie des Erblassers angehörend *sui juris* sind oder durch des Erblassers Tod *sui juris* werden. Ausgeschlossen bleiben alle Verwandten, die bloß *cognati* sind: sie bildeten in alter Zeit eine Ausnahme, und jeder Römer, der seinen Cognaten etwas zuwenden wollte, hatte in seiner Testirfreiheit das Mittel, dies zu bewirken; machte er von diesem Recht keinen Gebrauch, so konnte das Gesetz nicht vermuthen, daß Cognaten bedacht werden sollten. Es war demnach von dem alten Standpunkt ganz rationell, nur Agnaten (bez. Gentilen) *ab intestato* zur Erbschaft zu rufen; es konnte im einzelnen Fall wohl geschehen, daß so das Gesetz nicht ganz den wahren Willen des *defunctus* traf, allein das Gesetz wollte und sollte eben nur Surrogat seyn, und ein Surrogat trägt immer etwas von Unvollkommenheit an sich.

§ **892**] Dieses alte Erbsystem war ein Classensystem, indem nach den XII Tafeln drei Erbkreise (*ordines*) zu unterscheiden waren; der nähere Kreis schloß den entfernteren aus, und in jedem der drei Kreise herrschten andere Successionsgrundsätze.

a) Die erste Classe wurde von den *sui heredes*** gebildet, d. h. wer unmittelbar in der *patria potestas* oder *manus* des *defunctus* gestanden hatte, so daß er durch dessen Tod *sui juris* wurde, erwarb *ipso jure* die Erbschaft zu seinem Theil; weder Geschlecht, noch Gradesnähe machte dabei einen Unterschied. *Intestatorum hereditates lege XII tabb. primum ad suos heredes pertinent* (*Coll. leg. Mos. 16, 1; Ulp. 26, 1*).

b) Ist gewiß, daß kein *suus* vorhanden ist, so gelten die nächsten Agnaten als erbberechtigt; der nähere Grad entscheidet, Mehrere gleichen Grades erben nebeneinander. *Quamdiu suus heres speratur, heres fieri posse, tamdiu locus agnatis non est; veluti si uxor defuncti praegnans sit, aut filius apud hostes sit* (*Ulp. 26, 3*). *Si plures sunt gradus agnatorum, aperte lex XII tabb. proximum vocat* (*§ 5. J. de legit. agnat. succ. 3, 2*). Wer der nächste Agnat sei, bestimmt sich nach dem Augenblick des Todes, — wenn aber ein Testament hinterlassen war, welches dann erblos (*destitutum*) bleibt, nach dem Zeitpunkt, *cum certum esse coeperit, neminem ex eo testamento fore heredem* (*Gai. 3, 13*). Uebrigens wurde durch die *Interpretatio XII tabb.* das Erbrecht der weiblichen Agnaten auf den 2. Grad eingeschränkt: *feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones*[1] *non admittuntur, idque jure civili Voconiana ratione*[2] *videtur effectum; ceterum lex XII tabb. nulla discretione sexus agnatos admittit* (*Paul. Sent. rec. IV, 8. § 22*).†

---

*) s. oben Cursus § 829 (dazu *Ulp. fr.* 2. § 3. *D. de suis* 28, 16: *agnatus nativitate, adoptione quaesitus*). **) s. oben Cursus § 850. †) s. oben Cursus § 883.

c) Fehlt es auch an Agnaten, so soll der Nachlaß an die *gens* im weitern Sinn, d. h. an diejenigen gelangen, welche mit dem *defunctus* durch Gemeinschaft des *nomen gentilicium* verbunden sind (*Cic. Top. 6; Fest. v. gentilis*); *si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabb. gentiles ad hereditatem vocat; qui sint autem gentiles, primo commentario* retulimus, et cum illic admonuerimus, totum jus gentilicium in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco, de eadem re curiosius tractare* (*Gai. 3, 17*).

§ 893] Die Vertheilung der Erbschaft geschah a) in der 1. Classe stamm-, nicht kopfweise, so daß mehrere Enkel neben Söhnen des Erblassers zusammen nur die Portion ihres ausfallenden Vaters erhielten: *si defuncti unus sit filius, ex altero filio mortuo item nepos unus vel etiam plures, ad omnes hereditas pertinet, non ut in capita dividatur, sed in stirpes, id est, ut filius solus mediam partem habeat, et nepotes, quotquot sunt, alteram dimidiam; aequum est enim, nepotes in patris sui locum succedere et eam partem habere, quam pater eorum, si viveret, habiturus esset* (*Ulp. 26, 2*); — b) in der 2. Classe stets nach Kopftheilen: *agnatorum hereditates dividuntur in capita, veluti si sit fratris filius et alterius fratris duo pluresve liberi, quotquot sunt ab utraque parte personae, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant* (*Ulp. 26, 4*); — c) in welcher Weise der Nachlaß, wenn mehrere Gentilen sich meldeten, an diese sich vertheilte, wissen wir nicht.

Wer Erbe seyn könne, bestimmte sich durch den Augenblick des Todes (bez. der Gewißheit des Wegfalls des Testaments: s. § 892. sub b); die im Classensystem dem Range nach Zurückstehenden blieben ganz außer Frage, wenn ein Näherer berufen ward; eventuelle Berufung der Entfernteren neben der primären Berufung der Näheren gab es nicht[3]: *in legitimis hereditatibus successio non est* (*Ulp. 26, 5; Paul. IV, 8. § 23*), ebensowenig wie das älteste Recht eine Vulgarsubstitution kannte, kannte es ein Nachrücken des entfernteren Grades *ab intestato;* demgemäß wurde die Erbschaft vacant, wenn die zunächst Berufenen nicht erben konnten oder wollten (*Gai. 3, 12*); die *usucapio hereditatis*** füllte die so entstehende Lücke in den meisten Fällen bequem aus. Was zum Nachtheil der entfernteren Agnaten galt, mußte nicht minder rücksichtlich der Gentilen gelten, und dies wird durch Gaius (*3, 17: si nullus agnatus sit, lex gentiles vocat*) bestätigt.[4]

Zweifelhaft ist, ob ursprünglich auch eine einzelne Portion, die der Berufene nicht erwarb, vacant wurde; jedenfalls später ward nicht dies, sondern Accrescenz angenommen; *si plures eodem gradu sunt agnati, et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint, decesserint, eorum pars accrescit his, qui adierunt* (*Ulp. 26, 5*); die Accrescenz fand (in Gemäßheit der Kopftheilung) zu gleichen Theilen Statt. —

Offenbar war dieses Erbsystem ein sehr beschränktes und starres

*) Auf Seite 45 des *Codex Veronensis*, einer unlesbaren Stelle. **) s. oben Cursus § 336.

(*jus strictum: Gai. 3, 18*) und mußte nach Verlauf einiger Jahrhunderte ungenügend werden (*Gai. 3, 19—25*). Emancipationen wurden häufiger, und die formelle Trennung sollte doch der Liebe keinen Eintrag thun; Geschlechter kamen ans Aussterben und folglich traten nun die Cognaten oft in den Vordergrund; auch daß die entfernteren Agnatinnen ganz ohne Intestaterbrecht seyn sollten, mußte als unbillig erscheinen; die Sitte der Ehen ohne *manus* drängte ganz natürlich zur Berücksichtigung theils der Kinder und anderen Cognaten der Frau, theils des überlebenden Gatten selbst, der nun nicht mehr in der *manus* vermögensrechtliche Befriedigung fand; endlich lag es nach Verfall der Gentilität nahe, in den so gleichsam leer gewordenen Raum Andere, eben die Cognaten und den Gatten, eintreten zu lassen. Diese Entwicklung vollzog sich im Prätorischen Edict, etwa während des 2. und 1. Jahrh. v. Chr.; ihr Ergebniß ist das System der *B. P. ab intestato* (*Gai. 3, 25*).

§ **894**] 2. *Bonorum possessio ab intestato.* Der Prätor berief zum Nachlaß in folgender Rangordnung:

a) *B. P. unde liberi* (d. h. *ex edicto Unde liberi*): alle Kinder, bez. Kindeskinder sollen zur Erbschaft kommen, die emancipirten, oder sonst aus der *familia defuncti* geschiedenen, m. a. W. alle, welche im Falle ihrer Präterition die *B. P. c. t.* nachsuchen könnten, so, als ob sie den *sui heredes* gleichständen. Anfangs mag der Prätor den Emancipirten nur in Ermangelung civiler Erben den Nachlaß übertragen haben, damit sie ihn usucapiren könnten;[5] dann ließ er sie mit den civilen Erben concurriren, wenn diese etwa gleichfalls *B. P.* nachsuchten (zur Erlangung des *interdictum quorum bonorum*);* endlich gewährte er den cognatischen Descendenten ein voll wirksames Recht neben den *sui*, welches also selbst der *hereditatis petitio* dieser gegenüber (als *B. P. cum re*) Bestand hatte, freilich bedingt durch Collationspflicht,** um das billige Postulat vermögensrechtlicher Ausgleichung zu erfüllen. *Praetor liberos omnes, qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes concurrant* (*Gai. 3, 26*). *Suis Praetor solet emancipatos liberos conjungere data B. P., sic tamen, ut bona, si quae propria habent, his, qui in potestate manserunt, conferant: nam aequissimum putabit, neque eos bonis paternis carere per hoc, quia non sunt in potestate, neque praecipua bona propria habere, cum partem sunt ablaturi suis heredibus* (*Coll. leg. Mos. 16, 7*).

Auch die *collatio dotis*† war eine Pflicht der zur *B. P. ab intestato* gelangenden *sua*, und durch ein Rescript des *D. Pius* auf den Fall ausgedehnt, da die *sua* als Civilerbin antrat (*fr. 1. pr. D. de dotis collat. 37, 7*). Eine andere Bestimmung der Kaiserzeit war noch, daß der erbende *emancipatus* seinen etwaigen Kindern, welche *in potestate defuncti* geblieben waren, die Hälfte seiner Intestatportion abzutreten

*) s. oben Cursus § 870. **) s. oben Cursus § 889. †) s. oben Cursus § 890.

habe: *hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes jure potestatis objiciantur patri suo* (*Ulp. fr. 1. § 1. D. de conjung. cum emanc. 37, 8*). Dieses s. g. *Edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus* wurde als *nova clausula* durch Julian dem Hadrianischen Edict einverleibt (*fr. 3. eod.*).

b) *B. P. unde legitimi.* Es war eine Rücksicht gegen die alte Autorität des Civilrechts (*B. P. confirmandi juris civilis gratia: § 1. J. de B. P. 3, 9*), daß der Prätor nach der ersten Classe nicht ohne Weiteres die übrigen Cognaten neben den Agnaten zuließ (*Gai. 3, 27*), sondern zunächst nur die nach Civilrecht überhaupt zur Intestaterbfolge Berechtigten, also die *sui* hier nochmals (was die Gewährung einer zweiten Frist bedeutete) und die sonstigen Agnaten, ohne Unterschied des Geschlechts (*fr. 2. § 2. D. unde legitimi 38, 7*).

c) *B. P. unde cognati.* Diese Classe umfaßte sämmtliche Verwandte, seien sie *agnati* oder *cognati*, auch die Adoptivverwandten, sowie die unehelichen Descendenten und Adscendenten rücksichtlich der Frauen, übrigens ohne Unterschied des Geschlechts, aber nicht über den 6. bez. 7. Grad der Seitenlinie hinaus (*sobrino sobrinave nati: fr. 1. § 3. D. unde cognati 38, 8; § 5. J. de success. cognator. 3, 5*). Dies war für die *liberi* eine dritte, für die Agnaten eine zweite Frist.

d) *B. P. unde vir et uxor* d. h. der überlebende Gatte, welcher bis zum Tode in Römischer Ehe ohne *manus* gestanden hatte (*fr. 1. D. unde v. et u. 38, 11*).

§ 895] Betreffs der Vertheilung galten für dieses Prätorische System die Maximen des Civilrechts, in der Regel also *successio in capita* mit Vorrang des näheren Grades; bei Ausfall eines der Miterben erfolgte auch hier Accrescenz: *Si duobus filiis et ex altero filio duobus nepotibus B. P. competat, et alter ex nepotibus non petat: pars ejus fratri accrescit; si vero ex filiis alter non petat, tam fratri, quam nepotibus id prodest, namque tunc duo semisses fiunt, ex quibus alterum filius, alterum nepotes consequuntur* (*Gai. fr. 12. pr. D. de B. P. c. t. 37, 4*; dazu *fr. 1. § 12. D. de conjung. c. emancip. 37, 8*).

Eben so wichtig, als diese Erweiterung des Kreises erbfolgeberechtigter Personen, war das Princip der *successio ordinum et graduum*, welches vom Prätor zur Geltung gebracht wurde. Hiernach konnte nun, wenn die zuerst Berufenen nicht *B. P.* agnosciren konnten oder wollten, die Erbschaft dem nächsten Grad, bez. der nächsten Classe angetragen werden, wie wenn kein Vorberechtigter dagewesen wäre. Dieser Theil des Edicts hieß speciell *Edictum successorium. B. P. datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere potuerunt, ceteris intra centum dies. Qui omnes intra id tempus si non petierint bon. possessionem, sequens gradus admittitur, perinde atque si superiores non essent; idque per septem gradus fit* (*Ulp. 28, 10. 11*). *Successorium Edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longior mora fieret. E re igitur Praetor*

putavit, praestituere tempus his, quibus bon. possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto (*Ulp. fr. 1. pr. D. de successor. ed. 38, 9*). ***Quibus ex Edicto B. P. dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit: tunc ceteris B. P. perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit*** (*fr. 1. § 10. eod.*). Der Natur der Sache nach fand diese Successionsfolge in der Classe *unde liberi* keine Anwendung, weil, wenn der nähere Grad vertreten war, der Entferntere nicht zu den wirklichen oder fingirten *sui* gehörte (*arg. fr. 4. § 1. D. de B. P. c. t. 37, 4*).

§ **896**] 3. *Successio ex novo jure.** Während des ersten Jahrhunderts der Kaiserzeit war die im Prätorischen Edict ausgebildete Anschauung so allgemein und fest geworden, daß sie von den Organen des neueren Civilrechts selbst angenommen und weiter geführt wurde. Von entscheidender Bedeutung wurden hier namentlich zwei *Scta* um die Mitte des 2. Jahrhunderts, welche unter den Cognaten der *linea recta* vor den Collateralen einen Vorzug einräumten, m. a. W. die cognatischen Descendenten und Adscendenten ohne Rücksicht auf *patria potestas* vor, bez. neben den Agnaten zur Erbschaft riefen.

a) Das *Sctum Tertullianum* unter Hadrian (a. 128?) gab der Mutter (*cum jure liberorum*) Erbrecht gegenüber ihren cognatischen Kindern unmittelbar nach den *sui* und sonstigen *liberi*, Vater und *fratres consanguinei* derselben, und neben ihren *sorores consanguineae* auf eine Virilportion (*Ulp. Fragm. 26, 8* und *fr. 2. D. ad Sct. Tertull. et Orphit. 38, 17; Paul. 4, 9*).

b) Das *Sctum Orphitianum* unter Marc Aurel (a. 178) gab anderseits auch den Kindern ein Erbrecht gegenüber ihrer Mutter und zwar mit Vorrang vor allen Agnaten und Cognaten derselben, doch ohne Beeinträchtigung des ihrem Vater etwa zustehenden Erbrechts. An diesem Erbrecht nahmen auch die außerehelichen Kinder Theil (*Ulp. 26, 7; fr. 1. § 2. 8. 9. D. eod.*).

Dieses *novum jus* betraf nur die Adscendenten und Descendenten ersten Grades; auf die mütterlichen Großeltern, die väterliche Großmutter und auf die Enkel der Erblasserin wurde das cognatische Erbrecht erst unter den christlichen Kaisern ausgedehnt.

§ **897**] B. Erbschaft Freigelassener.[6] Auch hier galt nach dem Recht der XII Tafeln (*Gai. 3, 40*) das Dreiclassensystem, indem an die Stelle der Agnatenclasse der Patron und dessen Agnaten traten. Es erbten demnach a) die eignen *sui suaeque* des *libertinus defunctus;* in deren Ermangelung b) der Patron oder dessen agnatische Descendenten** (selbst die enterbten mit, und zwar nach Kopftheilen), bez. die

---

*) s. oben Cursus § 297. 339 (dazu *fr.* 1. § 8—10. *D. ad Sct. Tertull. et Orphit.* 38, 17.
**) Ueber die *assignatio liberti* s. oben Cursus § 804.

patrona; in Ermangelung solcher c) die *gens* des *defunctus*, d. h. seines Patrons (*Ulp. 27, 1—5; Gai. 3, 58; Cic. de orat. 1, 39*).[7] — Da eine Frau keine *sui* haben konnte, so war der Patron immer der erstberechtigte Intestaterbe seiner *liberta*, und der Prätor fand folglich hier keinen Anlaß zu Reformen: *in bonis libertae nihil juris ex Edicto datur* (*Ulp. 29, 2*).

Dagegen entwickelte sich rücksichtlich der *bona libertini* ein das alte Civilrecht ergänzendes und bez. corrigirendes Prätorisches Intestaterbsystem: a) *B. P. unde liberi*, von der 1. Classe bei Freigebornen nur darin unterschieden, daß, wenn nur Adoptivkinder oder *uxor in manu* vorhanden waren, der Patron (nicht die Patrona), bez. dessen etwaige männliche Descendenten *B. P.* auf die Hälfte der Erbschaft erhalten sollten,[8] s. g. *B. P. dimidiae partis contra suos non naturales* (*Gai. 3, 41*); b) *B. P. unde legitimi*, d. h. außer den *sui* (in 2. Frist) der Patron und seine agnatischen Descendenten; c) *B. P. unde cognati*, d. h. die cognatischen Descendenten des *defunctus* (nur diese, da die andere Verwandtschaft nothwendig *servilis cognatio* war — *fr. 1. § 2. D. unde cognati 38, 8*); d) *B. P. tum quem* (*s. tanquam*[9]) *ex familia*, d. h. die Agnaten des Patrons, der Patronin (*Ulp. 28, 7; Coll. leg. Mos. 16, 9*); e) *Patronus, patrona, liberi et parentes patroni patronaeve*, d. h. wohl der etwaige Patron des Patrons, bez. die Kinder jenes Oberpatrons und die Eltern des Unterpatrons, wenn dieser *ex mancipio* freigelassen war[10] (? *Coll. 16, 9; § 3. J. de B. P. 3, 10*); f) *B. P. unde vir et uxor*, analog der letzten Classe bei Freigebornen; der Gatte des Patrons bleibt unberücksichtigt; g) *B. P. unde cognati manumissoris*, d. h. alle Cognaten des Patrons, der Patronin bis zum 6., bez. 7. Grad (*Ulp. 28, 7; Vat. fragm. § 301*).

Dem *libertinus ex servitute* war rücksichtlich der Beerbung der *manumissus ex causa mancipii** gleichgestellt, denn der *manumissor* (*parens vel extraneus*) war *quasi patronus* und hatte als solcher das patronatische Erbrecht, desgleichen seine Verwandtschaft. Nur in Einem Punkte wurde zwischen dem *parens* und dem *extraneus* (*manumissor*) unterschieden, indem zufolge einer besonderen Edictsbestimmung dem *extraneus manumissor* folgende Personen, die sich nun gewissermaßen als eine eigene Erbclasse einschoben, vorgehen sollten: *pater, mater, avus, avia, filius, filia, nepos, neptis, frater, soror:* wovon diese Erbfolge *B. P. unde decem personae* genannt wurde (*§ 3. J. de B. P. 3, 9*).

§ 898] Nicht unbedeutend, aber mit nur noch theilweise uns bekannten[11] Bestimmungen griff die *lex Papia Poppaea* reformatorisch in das Erbfolgesystem der *libertini* ein.** Zu ihren wichtigsten Bestimmungen gehörte, a) daß, wenn der *libertus* wenigstens 100,000 Sesterzen im Vermögen hatte (*centenarius*) und weniger als drei Kinder

---

*) s. oben Cursus § 805. **) Die Stelle des Gaius *ad legem Papiam* (3, 43—53) ist sehr lückenhaft und mit vielen controversen Conjecturen angefüllt; auch zeigt die Aeußerung des Gaius in 3, 47: *parum diligenter ea pars legis scripta est*, daß bei den Römern selbst schon Streit war.

hinterließ, neben diesen der Patron, bez. dessen Söhne, bez. die Patrona (wenn sie *ingenua* und *cum jure liberorum* ist) eine Virilportion haben sollen (*Gai. 3, 42*); b) daß auch die Patrona (*ingenua* mit 2, *libertina* mit 3 Kindern) die *B. P. dimidiae partis* — bez. (nämlich die *patrona ingenua* mit 3 Kindern) gar das in der *lex Papia* gesteigerte Recht des Patrons haben solle (*Gai. 3, 50*). Hinsichtlich der Erbschaft von *libertae* aber erfuhr das patronatische Erbrecht dann durch das *Sctum Orphitianum* wieder eine Beschränkung, indem dieses auch den Kindern der *liberta* Erbrecht verlieh[12] (*fr. 1. pr. § 8. D. ad Sct. Tert. et Orph. 38, 17*).

Latini Juniani wurden nach ursprünglichem Recht (*lex Junia**) nicht beerbt, denn ihr Nachlaß fiel *jure peculii* ihrem Patron, bez. dessen Erben zu (*Gai. 3, 56*); hiervon machte das *Sctum Largianum* unter Claudius (a. 42) eine Ausnahme: es sollten unter den Erben des Patrons immer dessen Kinder den etwa concurrirenden *extranei heredes* vorgehen. Aus Gaius (*3, 57—71*) ersehen wir jedoch daß dieses *Sctum* mannichfach controvers war.

Literatur: 1) Von Cramer (i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. I. S. 294) wird emendirt: „*legitima ultra consanguineas successione.*" — 2) Puchta (Curs. d. Instit. III. § 304) sagt: „d. h. auf demselben Grund, wie die *lex Voconia;* daraus folgt nicht, daß es erst nach der *lex Voconia* eingeführt wäre." — 3) Kuntze in der Münchner kritischen Vierteljahrsschrift IX (1867) S. 549. 550. Abweichende Erklärung bei Ihering Geist des Römischen Rechts II. § 44 (2. Aufl. S. 441); dazu Lassalle das Wesen d. Röm. u. german. Erbrechts (od. System der erworb. Rechte. Bd. II. Leipz. 1861) S. 427 ff. 498. — 4) Abweichend Köppen System d. Röm. Erbrechts I. 8. Anm. 16. — 5) Ders. I. S. 25. — 6) Unterholzner (üb. d. patronat. Erbrecht) i. d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. V (1825) No. 2. Huschke Studien d. R. R. (v. d. Intestatsuccession in das Vermögen eines Kindes oder fernerer Descendenten eines Freigelassenen; Bresl. 1830) S. 134—167. Köppen I. S. 41. 42. — 7) Ad. Schmidt d. Pflichttheilsrecht d. Patronus (Heidelb. 1868) S. 2. Anm. 3 (üb. *Cic. de orat. 1, 39* u. den vielbesprochenen Streit d. Claudier u. Marceller). — 8) Huschke Studien (üb. d. Einfluß d. *cap. diminutio* des Patrons od. seiner Kinder auf ihr Intestaterbrecht) S. 121—133. Umgearbeitet i. Rhein. Museum 1833. No. 3. — 9) Huschke Studien S. 105—114. Rudorff in Puchta's Curs. d. Instit. § 317. Anm. t („*Tum quem* ist eine unzweifelhafte Conjectur des Cujacius"). Vergl. *fr. 1. D. unde legitimi 38, 7.* — 10) Huschke Studien S. 58—94. 98—105. Abweichend Göschen i. Hugo's civilist. Magazin IV (1813) No. 12. u. Unterholzner (üb. d. patronat. Erbrecht) i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. V (1825) S. 62 ff. — 11) Ders. S. 84 ff. u. Huschke Studien (üb. einige zweifelhafte Verordnungen der *lex Papia Poppaea* in Beziehung auf die Succession u. die Güter der Freigelassenen) S. 25—58. — 12) Ad. Schmidt d. Pflichttheilsrecht etc. S. 24.

LVIII. Kapitel.

3. Pflichttheilsrecht.

§ **399**] Ein Testament, welches in gültiger Form errichtet wurde (*testamentum jure factum*), ist nichtsdestoweniger von Anfang an ungültig, wenn darin das formelle Civil-Notherbrecht einer Person verletzt

*) s. oben Cursus § 324. 376 sub 1.

ist (*testamentum non valet* — *inutiliter factum est: Gai. 2, 123. 124*). Nachträglich wird ein Testament ungültig,* wenn es durch *agnatio* oder *quasi agnatio sui heredis* (*Gai. 2, 138—142*) oder durch Widerruf gebrochen wird (*testam. ruptum*), oder der Testator *capitis diminutio* erleidet (*testam. irritum*), oder auch wenn keiner der eingesetzten und bez. substituirten Erben erwerben will oder kann (*testam. destitutum s. desertum s. irritum: Ulp. 23, 4*). Verletzung des Prätorischen Notherbrechts bewirkte nicht Nullität des Testaments, sondern gewährte nur die Befugniß der *B. P. contra tabulas*, welche zur Beseitigung der Erbeinsetzungen führen konnte. — Von allen diesen Fällen gänzlicher oder theilweiser Ungültigkeit des Testaments unterscheidet sich die Anfechtung (Rescission), welche das Testament auf Grund des patronatischen oder verwandtschaftlichen Pflichttheilsrechts erfahren kann.

Die Schranke, welche hier die öffentliche Meinung um den Eigenwillen des Testator zog, kündigte sich allerdings gleichsam von Ferne schon in dem civilen und Prätorischen Präteritionssystem an, allein ohne hier schon selbständig hervorzutreten, denn ursprünglich mag die Exheredationsvorschrift zugleich durch Rücksicht auf den Testator aufgekommen seyn, dessen wahrer Wille so gegen die Möglichkeit des Irrens und Vergessens geschützt werden sollte: das Gebot des Exheredirens zwang den Testator, seinen Willen vollständig zu machen, aber beschränkte ihn nicht, wenigstens nicht direct. Die Anerkennung eines Pflichttheilsrechts dagegen beschränkt den letzten Willen, indem das Gesetz ihn zu negiren droht und gewissermaßen wie Wahnsinn behandelt, — nicht völlig (*furiosi nulla voluntas est!*), aber insoweit als nöthig ist, um den Pflichtheilsberechtigten zu schützen.

Das ausgebildete System des Pflichtheilsrechts liegt in dem Rechtsmittel der *querela inofficiosi testamenti* vor,** welche den nächsten Verwandten gewährt wird, allein schon vor diesem System — und überhaupt hier zuerst — wurde dieser Gedanke in der *B. P. contra tabulas*, welche auf Grund des Patronats ertheilt wurde, zur Geltung gebracht; die patronatische *B. P. c. t.* ist ein wahres Pflichttheilsrecht und darum von den übrigen Fällen der *B. P. c. t.* scharf zu trennen.[1]

§ **900**] A. Patronatisches Pflichttheilsrecht (*B. P. patroni contra tabulas liberti*). Der Prätor begnügte sich nicht, dem Patron und seiner Familie ein einfaches Intestaterbrecht zu gewähren, er schützte sie auch gegen den letzten Willen des *libertus*. Vielleicht war hierzu der erste Schritt jene (*ab intestato*) *B. P. dimidiae partis contra suos non naturales*, deren Sinn war, daß der Freigelassene nicht durch einen Rechtsact (*adoptio, matrimonium cum manu*) den Patron vom Nachlaß entferne;[2] ebenso war das Testament ein freier Rechtsact, und mithin mußte sich der Prätor hier in ähnlicher Weise einzuschreiten aufgefordert finden; vielleicht zögernd, weil es hier ein *supremum judicium* zu brechen galt, aber um so mehr dazu geneigt,

---

*) s. oben Cursus § 824. 825. 840. 887. **) s. oben Cursus § 836.

seitdem jede übermäßige vermögensrechtliche Belastung der Freigelassenen durch den Patron untersagt und jenen die *exceptio onerandae libertatis causa* gegeben war.* „Der von pecuniären Befürchtungen unter Lebenden befreite Freigelassene soll bei seinem Tod die *verecundia patronalis* kundgeben durch das Testament"[3] (*pars ex legibus verecundiae patronali debita: Marcell. fr. 20. pr. D. de donat. 39, 5*).

Die Personen, welchen dieses Pflichttheilsrecht im Edict zugestanden wurde, waren a) der Patronus, b) dessen männliche Descendenten, insoweit sie durch Männer abstammen (*Gai. 3, 45;* eine mit der *Voconiana ratio* übereinstimmende Beschränkung). Durch die *lex Papia Poppaea* wurden folgende hinzugefügt: c) die Patrona mit 2, bez. 3 Kindern, d) die weibliche Descendenz des Patronus, sowie der Patrona; und zwar scheint es, daß in der Hauptsache die Patrona dem Patronus, die Descendenz der Patrona aber dieser, und die weibliche Descendenz des Patronus diesem analog behandelt werden sollte.[4] „Dabei hat, den sonstigen Principien des Edicts gemäß, die durch *emancipatio* hervorgerufene *minima cap. dim.* niemals einen Unterschied gemacht. Das aber verdient besonders hervorgehoben zu werden, daß selbst der Eintritt in eine fremde Familie durch *arrogatio* und *adoptio* dieses Pflichttheilsrecht bestehen läßt.[5] Man sah in seiner Gewährung die Erfüllnng einer dem Individuum als solchem geschuldeten Dankespflicht."[6]

§ **901**] Das patronatische Pflichttheilsrecht ist in der Hauptsache ein nur secundäres: die genannten Personen sind nur dann berufen, wenn keine leibliche Descendenz des Erblassers zur Erbfolge gelangt (*Ulp. 29, 1*), und zwar beseitigen die Kinder den Patron auch dann, wenn sie nur zu einem kleinen Bruchtheil Erben werden (*fr. 6. pr. D. de bonis libertor. 38, 2*). Neben weniger als drei Kindern des *libertus* aber soll zufolge der *lex Papia Poppaea* gleichfalls ein patronatisches Pflichttheilsrecht begründet seyn, wofern der Nachlaß 100,000 Sesterzen beträgt.**

Während bisher kein Bedürfniß gewesen war, den Patron auch gegenüber dem Testament der *liberta* zu schützen, weil ja diese als *femina* keine *sui* hinterlassen konnte (*fr. 4. § 2. D. de B. P. c. t. 37, 4*), und weil sie in der *legitima tutela patroni* stehend, ohne dessen Autorisation überhaupt nicht testiren konnte: mußte die *lex Papia Poppaea,* indem sie die *libertina cum jure quatuor liberorum* von der *legitima tutela* befreite, nun auch dieser gegenüber ein patronatisches Pflichttheilsrecht schaffen. Das Gesetz gewährte demgemäß ein solches dem Patron und seiner männlichen, durch Männer verbundenen Descendenz.

§ **902**] Die zum patronatischen Pflichttheil Berechtigten „stehen zusammen auf der einen Seite, die testamentarischen Erben zusammen auf der anderen; jeden von beiden ist ein getrennter Theil des Nachlasses zugewiesen, fast wie wenn es zwei getrennte Erbschaften wären. Von dem dem Patronatsrechte überwiesenen Theil haben die gleich-

*) s. oben Cursus § 802. u. die Excurse dazu. **) s. oben Cursus § 898.

zeitig Berufenen je einen Kopftheil zu beanspruchen. Das gilt schlechthin; namentlich auch dann, wenn die mehrern berufenen Patrone Eigenthümer des Sklaven zu ungleichen Theilen gewesen, ebenso wenn die mehreren Patrone eine ungleiche Anzahl von Kindern hinterlassen. Wenn einer der mehreren zugleich Berufenen die *c. t. B. P.* nicht erbittet, so accrescirt sein Theil den Anderen."[7]

Der patronatische Pflichttheil (*debita s. legitima portio*) im Ganzen beträgt so viel, wie die Intestatportion, nämlich die Hälfte der Erbschaft; er unterscheidet sich vom cognatischen Pflichttheil dadurch, daß er nicht als *portio portionis ab intestato* für jeden einzelnen Berechtigten besonders berechnet wird, sondern in einer festen Quote der ganzen Erbschaft (*dimidia pars hereditatis*) besteht (*Gai. 3, 41; Ulp. 29, 1*). Dagegen gleicht der patronatische dem cognatischen Pflichttheil darin, daß der Zeitpunkt des Todes entscheidet, sowohl wer die Pflichttheilsberechtigten seien (*fr. 2. § 1. D. de bonis libertor. 38, 2*), als auch welchen Bestand die Erbschaft habe (*fr. 3. § 20. eod.*), ferner darin, daß es genügt, den Pflichttheil durch Vermächtniß oder *mortis causa donatio* zuzuwenden (*fr. 3. § 15. 17. eod.*); endlich darin, daß sie erst dann deferirt wird, wenn ein testamentarischer Erbe die *aditio* oder *agnitio* wirklich vollzogen hat (*fr. 3. § 5. eod.*).*

Die Geltendmachung des cognatischen Pflichttheils führt bald zur völligen, bald nur zur theilweisen Rescission des Testaments, und letzternfalls concurrirt gesetzliche mit testamentarischer Erbfolge**: eben solche Concurrenz nun ist die nothwendige Folge der *B. P. c. t. liberti*, weil sie dem antretenden Erben immer nur eine *certa pars* entzieht (*fr. 6. pr. D. de B. P. 37, 1*). —

Abweichend von jenem Recht auf die *dimidia pars* beträgt der Pflichttheil, welchen nach der *lex Papia Poppaea* der Patron und seine Descendenz a) neben den Kindern des *libertus centenarius* und b) neben den Kindern der *liberta* haben sollen, nicht eine feste Quote, sondern eine Virilportion.

§ **903**] War der Pflichttheil letztwillig mit Vermächtnissen und Freilassungen beschwert, so konnte der Pflichttheilsberechtigte in der Regel (Aussnahme: *fr. 64. § 3. D. ad Sct. Trebell. 36, 1*) die Zuwendung einfach annehmen und die Lasten ignoriren (*fr. 28. D. de legat. II*).[8] Aber der Freigelassene war im Stande, nicht bloß durch letztwillige Anordnungen, sondern ebenso schon durch Veräußerungen *inter vivos* den patronatischen Pflichttheil zu verkümmern; es war daher angemessen, auch hier dem Pflichttheilsberechtigten Schutz zu geben, wenn die Veräußerung in der Absicht der Pflichttheilsverkümmerung geschehen war, und nun der Nachlaß nicht den Pflichttheil voll enthielt.[9] Diesen Schutz stellte (noch vor der *lex Aelia Sentia*) ein Prätor Fabius auf, indem er dem Pflichttheilsberechtigten gegen den Erwerber, welcher durch die dolose Handlung des Freigelassenen bereichert worden

*) s. oben Cursus § 867 z. A. **) s. oben Cursus § 833. 868.

war und die Bereicherung noch hatte, eine Klage auf Herausgabe (*actio Fabiana**) ertheilte, ohne Rücksicht darauf, ob Beklagter selbst in *mala fide* war[10] (*fr. 1. D. si quid in fraudem patroni 38, 5*).

Ein späterer Prätor wendete die Grundsätze der *Fabiana* auf den Fall an, wo der Patron *ab intestato* Erbe geworden: *actio Calvisiana* (*fr. 1. § 11; fr. 2. 3. § 2. 3; fr. 13. D. si quid in fraudem patr. 38, 5; fr. 16. pr. D. de jure patronatus 37, 14*). Daher beruhen beide Klagen im Allgemeinen auf denselben Grundlagen; es liegt in dieser Entwicklung das Bedeutsame, daß das ursprünglich nur dem Testament gegenüber ausgesprochene Pflichttheilsrecht nunmehr auch auf die Intestaterbfolge übertragen wird."[11]

§ **904**] *B. P. c. t.* des *parens manumissor*. Daß der *manumissor ex servitute* mehr zu begünstigen sei, als der *manumissor ex mancipio* (*quasi patronus*), lag nahe genug, denn jener schenkte nicht bloß Selbständigkeit, sondern Freiheit und Civität; aber auch unter den Quasipatronen war ein Unterschied zu machen, je nachdem er ein Fremder (*extraneus*) oder der Adscendent (*parens*) des Manumissus war, und demgemäß ertheilte das Edict die *B. P. unde X personae*** nur gegenüber dem *extraneus manumissor*. Eine weitere Begünstigung Jenes war dann, daß der Prätor die *B. P. c. t. liberti* auf den *parens* (nicht aber auf den *extraneus*) *manumissor* erstreckte[12]: *In eo, qui a patre avove paterno proavove paterni avi patre manumissus est, bon. possessionem c. t. perinde dabo, atque si ex servitute manumissus esset* (*fr. 1. § 1. 2. D. si a parente 37, 5*).[13] Die Kinder des *manumissor* blieben hier unberücksichtigt; ein freilassender Adoptivvater galt als *extraneus manumissor*.[14]

Der Pflichttheil des *parens manumissor* bestimmte sich im Allgemeinen nach den für den Patron geltenden Grundsätzen; nur in Einem Punkt erfuhr jener, vielleicht seit Antoninus Pius,[15] eine Begünstigung: sein Pflichttheil sollte dann die ganze Erbschaft umfassen, wenn die eingesetzten Erben *turpes personae* waren (*fr. 3. pr. D. eod.*). Anderseits begann mit dem *Sctum Tertullianum* und *Orphitianum* eine Beschränkung wie des Intestat-, so auch des Pflichttheilsrechts des *parens manumissor*, indem theils der *avus manumissor* überhaupt, theils der *parens manumissor*, wenn die emancipirte Tochter Kinder hat, zurücktreten sollte, und so der Schritt Justinian's, der *emancipatio* ganz ihre erbrechtliche Bedeutung zu nehmen, vorbereitet ward.[16]

§ **905**] B. Cognatisches Pflichttheilsrecht. In der bevorzugten Stellung des *parens manumissor* fanden wir bereits ein verwandtschaftliches Element wirksam; zu selbständiger Geltung aber gelangte dieses in Betreff des Pflichttheils nicht durch den Prätor, sondern in der Praxis des Centumviralgerichts,† dessen Competenz sich vornehmlich auf Erbschaftsfälle bezog.

Es formirte sich hier seit Ausgang der Republik der Rechtssatz,

---

*) Die Florentina schreibt: *actio Faviana*, und so wird daher insgemein die Klage genannt; Paulus (*Sent. rec.* 3, 3) aber schreibt: *Fabiana*, „offenbar richtig, weil es nur einen römischen Namen Fabius gibt". **) s. oben Cursus § 897. †) s. oben Cursus § 836.

nahe verwandtschaftliche Angehörigkeit begründe eine solche Anwartschaft auf einen Nachlaßantheil, daß dieser selbst gegen die letztwillige Anordnung des Erblassers den Angehörigen gewahrt werden müsse. Offenbar geschah diese neue Formation selbständig und nicht nach dem Muster der *B. P. c. t. liberti,* doch aber in vielen Punkten nach denselben in der Natur der Sache gelegenen Grundsätzen.* Nur allmählich stellten sich diese Grundsätze im Einzelnen fest. Einiges scheint anzudeuten,[17] daß aufangs die Anfechtung (*querela inofficiosi testamenti***) nicht 5, sondern 2 Jahre lang zulässig war (*Plin. Epist. 5, 1*); ob auch die Geschwister querelberechtigt seien, — was zur Transmissibilität des Querelrechts auf die Erben gehöre, — welchen Einfluß die Rescission auf die letztwillig angeordneten Freilassungen habe, scheint erst nach längerem Schwanken der Praxis entschieden worden zu seyn. Immer galt der Gerichtshof für ermächtigt, nach freiem Ermessen (*viri boni arbitratu: fr. 25. pr. eod.*) und mit Rücksicht auf die Würdigkeit des Klägers auszusprechen, ob das Testament als lieblos anzusehen sei (*pronuntiare contra testamentum s. contra heredes scriptos*); eine unberechtigte *accusatio testamenti* wurde als *improba lis* geachtet (*Ulp. fr. 8. § 14. D. de inoff. test. 5, 2*).

Außer Rescripten des Antoninus Pius, Septimius Severus, Caracalla und Sev. Alexander (*fr. 6. § 2; fr. 7. 8. § 2. 15. 16. D. eod.; l. 1—12. C. de inoff. test. 3, 28*) scheinen es namentlich Marcellus und Papinian gewesen zu seyn, durch welche das Recht der Querel zuerst zu einem gewissen Abschluß gebracht wurde.

§ **906**] Das Recht der Querel beruhte durchaus auf den natürlichen und materiellen Motiven, welche gleichsam in der Luft dieser Zeit lagen. Dies zeigte sich namentlich in folgenden zwei Hauptpunkten: 1) Es war der *favor sanguinis,* welcher hier zur Geltung kam; *non est consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti* (*Gai. fr. 4. eod.*). Das Band der Cognation, nicht das der *patria potestas* kam in Betracht.

2) Es war nicht der *honor heredis,* sondern ein materielles *emolumentum* (*fr. 8. § 14. eod.*), welches den betreffenden Personen der Verwandtschaft gesichert werden sollte; darum kam ebenso, wie bei *B. P. c. t. liberti,* nichts darauf an, in welcher Weise der Pflichttheil (*portio legitima*) gewährt wurde: ob unter dem Titel eines Erben oder Vermächtnißnehmers, ob durch Zuwendung *mortis causa* oder *inter vivos,* wenn nur letzternfalls die *donatio hac contemplatione, ut in legitimam habeatur* (*Ulp. fr. 25. pr. D. eod.*), geschehen war.

§ **907**] Zu 1). Daß Descendenten und Adscendenten querelberechtigt seien, fand zuerst allgemeine Anerkennung (*fr. 1. D. eod.*), und zwar ohne Rücksicht darauf, wer im Testament vorgezogen wor-

---

*) s. oben Cursus § 902. **) s. oben Cursus § 867. 868.

den (*fr. 31. § 1. eod.*). Da jedoch nur dann von einer Verletzung die Rede seyn konnte, wenn ohne Testament der Betreffende zur Intestaterbfolge gelangt seyn würde, so hing die Querelberechtigung *in concreto* von der Nähe des Intestaterbrechts ab: die Querel steht jedem zur Intestaterbfolge berufenen Descendenten sowohl gegen den Vater und die väterlichen Adscendenten, als auch gegen die Mutter und die mütterlichen Adscendenten zu (*fr. 6. pr.; fr. 29. § 1. D. eod.*), und ebenso jedem zur Intestaterbfolge berufenen Adscendenten gegen den entferntesten Descendenten (*fr. 15. pr. eod.*).

Hiernach kam die agnatische Verwandtschaft nur dann besonders in Betracht, wenn sie ein näheres Intestaterbrecht begründete, z. B. die Mutter war nicht berechtigt neben dem *frater consanguineus* des Erblassers (*Paul. IV, 9. § 9; l. 2. C. Theod. de inoff. test. 2, 19*). „Nur über die Querel des Adoptirten gegen den leiblichen Vater war man verschiedener Ansicht (Marcian, Papinian, Paulus: *l. 10. pr. C. de adoption. 8, 48*), weil diesem durch die Adoption ein andrer Vater zugewiesen wurde, ein Umstand, der indessen die Uebereinstimmung darüber nicht ausschloß, daß gegen den Adoptirten neben dem Adoptivvater auch dem leiblichen Vater die Querel eingeräumt werden müsse (*fr. 30. pr. D. eod.*): dieser hätte sonst einen Anspruch ganz verloren, für welchen das Adoptivkind durch sein Recht gegen den Adoptivvater auf alle Fälle einen Ersatz erhielt."[18]

Das Pflichttheilsrecht wurde dann auch auf die Geschwister des Erblassers erstreckt; da aber deren Verwandtschaft als minder eng erschien, so stellte sich, wohl schon in der classischen Zeit (*fr. 24. D. eod.*), fest, daß sie nur relativ querelberechtigt seien, d. h. wofern ihnen eine anrüchige Person (*infamis, turpis*) vorgezogen worden (Constant. a. 319: *l. 27. C. de inoff. test. 3, 28*). — Ueber den zweiten Grad der Seitenverwandtschaft hinaus finden wir dies Pflichttheilsrecht nicht ausgedehnt (*fr. 1. D. eod.*), ja es wurde in der nachclassischen Zeit sogar auch den *fratres et sorores uterini* abgesprochen (*l. 1. C. Theod. de inoff. test. 2, 19*).

§ **908**] Zu 2). Betreffs der Frage, wieviel dem Pflichttheilsberechtigten zugewendet seyn müsse, um das Testament gegen Anfechtung zu sichern, bot die *lex Falcidia* einen Anhalt, indem diese bestimmt hatte, daß ein Testamentserbe den Anspruch habe, wenigstens ein Viertel seiner Erbportion ohne Lasten zu haben (*quarta Falcidia*). Dieses Pflichttheilsrecht der Testamentserben[19] diente als Vorbild und führte zu dem Grundsatz, daß jeder Pflichttheilsberechtigte Anspruch auf mindestens* ein Viertel seiner Intestatportion habe (*fr. 8. § 8. D. eod.*), und zwar so, daß der Pflichttheil als Theil der Intestatportion jedes einzelnen Pflichttheilsberechtigten (s. g. *computatio distributiva*), nicht als Bruchtheil vom Gesammtnachlaß (*comp. collectiva*) zu berechnen sei: daher je größer die Zahl derer, die *ab intestato* geerbt haben würden, ist, um so kleiner stellte sich der Pflichttheil heraus,

*) Ueber die s. g. *cautela Socini* s. die Pandektenvorträge.

auch wenn nicht alle jene Intestaterben einen Pflichttheil beziehen (*exheredatus partem facit ad minuendam legitimam: Pap. fr. 8. § 8. D. eod.*).

§ **909**] Das Pflichttheilsrecht konnte nicht willkürlich entzogen werden; daher hatte der Pflichttheilserbe die Querel nicht bloß dann, wenn er einfach präterirt, sondern auch wenn er feierlich enterbt war. *Inofficiosum testamentum dicere hoc est: allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit; quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereant* (*Marcell. fr. 3. eod.*). Versagt wurde die Querel (*excludebatur querela*) nur dann, wenn der Querent durch ungebührliches Verhalten das Recht, bedacht zu werden, nach allgemeinem Urtheil verscherzt hat, und anzunehmen ist, daß eben deßwegen Uebergehung oder Enterbung stattgefunden hat. *Si filiam tuam eo, quod turpiter et cum flagitiosa foeditate vivit, a successione tua excludendam putes: si non inconsulto calore, sed ex meritis ejus ad id odium incitatus es, postremi judicii liberum arbitrium habebis* (*Diocl. a. 293: l. 19. C. de inoff. test. 3, 28*). Der Querent mußte Beweis führen: *docere immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum* (*Marcell. fr. 5. D. eod.*).

Der Pflichttheilsberechtigte verlor die Querel, wenn er irgendwie das Testament anerkannte, denn dies mußte als Repudiation des Pflichttheils gelten (*fr. 8. § 10; fr. 17. pr. D. eod.*). In solchem Fall ebenso, wie wenn die Querel des Einen verjährte oder nicht auf die Erben transmittirt wurde,* entstand eine Vacanz der Portion: es trat daher nach Art der Intestaterbfolge Accrescenz zu Gunsten der gleichzeitig berufenen und wirklich antretenden Pflichttheilsberechtigten (*fr. 18. 23. § 2. D. eod.*), oder, wenn keiner von diesen antrat, Succession der nächsten Pflichttheilsberechtigten ein (*fr. 31. pr. eod.*).

§ **910**] Zu einer Beschränkung des Erblassers in seinen Verfügungen *inter vivos* scheint sich die Praxis anfangs nicht verstanden zu haben, obwohl die *actiones Fabiana* und *Calvisiana* bei der *B. P. c. t. liberti* längst bestanden; waren diese doch auch dem *parens manumissor* versagt, *quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem* (*Gai. fr. 2. D. si a parente 37, 12*). Allein da wahrscheinlich immer häufiger Liberalitäten *in fraudem querelae* vorkamen, gewährten kaiserliche Rescripte endlich (im 3. Jahrh.) eine Rechtshülfe *ad similitudinem inofficiosi querelae* (*l. 1. 2. 6. C. de inoff. donat. 3, 29*), die heutzutage s. g. *querela inofficiosae donationis et dotis*, welche allen Pflichttheilsberechtigten im Fall unverdienter Vernachlässigung innerhalb eines *quinquennium* zustand. Nur in Einem wichtigen Punkte wich diese Klage nach späterem Recht von ihrem Vorbild ab: sie sollte nicht bis zum vollen Betrag der Intestatportion, sondern nur soweit, als es die Ergänzung des Pflichttheils verlangte, die Schenkung angreifen (*l. 2. 8. C. eod.*).[20]

Uebrigens wurde die *querela inoff. donat.* auch dann zugelassen, wenn der Schenker *intestatus* verstorben war (*l. 3. C. eod.*).

*) s. oben Cursus § 867.

§ **911**] C. *Quarta Divi Pii.** Als durch Antoninus Pius die Arrogation unmündiger Personen für statthaft erklärt ward, begnügte sich der Kaiser zu deren Schutz nicht mit dem gewöhnlichen Pflichttheilsrecht, sondern, um in kräftigerer Weise den *arrogatus* gegen Willkürlichkeit zu sichern, bestimmte er, daß der *arrogatus* überhaupt gar nicht enterbt werden dürfe und immer den vierten Theil der reinen Activa aus dem Nachlaß des Adoptivvaters erhalten müsse (*fr. 13. D. si quid in fraudem patroni 38, 5; l. 2. C. de adopt. 8, 48*); nur wenn er *causa cognita* und unter Zurückempfang seines ursprünglichen Vermögens emancipirt werde, sei der Adoptivvater in seinen Verfügungen frei (*§ 3. J. de adopt. 1, 11*).

Diese *Quarta* haftete als eine Schuld auf dem Nachlaß, nach Art eines Vermächtnisses (*fr. 8. § 15. D. de inoff. test. 5, 2*): das Recht auf sie wird mit dem Tode des Adoptivvaters begründet und mit der *petitio quartae* geltend gemacht. Der Quartberechtigte hat die Wahl,[21] entweder die Erben mit einfacher *actio personalis* zu belangen (*fr. 1. § 21. D. de collat. 37, 6*), oder gegen sie mit der *actio familiae herciscundae* aufzutreten, falls er sich als Theilhaber an allen Activen des Nachlasses zu geriren vorzieht (*fr. 2. § 1. D. fam. herc. 10, 2*).

Außerdem finden zum Schutze des *arrogatus impubes* auch die dem Patron wegen inofficiöser Veräußerungen *inter vivos* ertheilten Klagen** analoge Anwendung: *actiones quasi Fabiana* und *quasi Calvisiana* (*fr. 13. D. si quid in fraud. patr. 38, 5*).

Literatur: 1) Ad. Schmidt d. Pflichttheilsrecht des Patronus u. des Parens Manumissor (Heidelb. 1868) S. 85. — 2) Ders. S. 7. — 3) Ders. S. 11. — 4) Ders. S. 18—23. — 5) Vergl. Löhr in s. Magazin III (1819) S. 272. Unterholzner i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. V (1825) S. 89. Huschke Studien d. R. R. (1830) S. 124ff. Ad. Schmidt d. formelle Notherbrecht S. 74. — 6) Schmidt d. Pflichttheilsrecht etc. S. 13. 35. — 7) Ders. ebendas. S. 40. — 8) Ders. S. 74—81. — 9) Francke d. Recht d. Notherben S. 491. — 10) Schmidt das Pflichttheilsrecht S. 93—114. — 11) Ders. S. 95. — 12) Aeltere Abhandlungen hierüber: Löhr Magazin III. S. 261ff. Francke d Recht d. Notherben § 31. Ders. *de manumissorum successione Spec. I—III* (Gött. 1834. 1835). M. S. Mayer *De hereditate parentis manumissoris* (Tüb. 1832). — 13) Schmidt Pflichttheilrecht S. 141. — 14) So Francke *Spec. I.* Anders Mayer § 53. — 15) *Fr. 3. pr. D. si a parente* hat: *Paconius ait;* die Vulgata hat: *Pantonius* (?) = *P. Antonius* (? d. h. *Divus Pius Antonius*). Ad. Schmidt in Bekker's Jahrb. d. gem. R. III (1859) S. 391—394. Ders. Pflichttheilsr. S. 149ff. — 16) Ders. ebendas. S. 154. 165. 167. — 17) Gothofredus *ad l. 5. C. Theod. de inoff. testam.* (2, 19). Puchta Curs. d. Instit. III. § 311. Anm. [s]. — 18) Köppen Syst. d. Erbr. I. S. 120—124. — 19) Ders. S. 76. 128. — 20) Ders. S. 130. — 21) Ders. S. 134.

LIX. Kapitel.

II. Die reine Singularsuccession.

§ **912**] Das altrömische Recht kannte nur eine Art Vermächtniß†: das *Legatum*. In demselben kam, was das Vermächtniß Abweichen-

*) s. oben Cursus § 832. **) s. oben Cursus § 903. †) s. oben Cursus § 813.

des von der Erbeinsetzung, und was es Gemeinsames mit derselben hat, zum einfachen Ausdruck. Das Legat wirkt Singular-, die Erbeinsetzung Universalsuccession; aber wie die Erbeinsetzung mußte auch das Legat im Testament und mit feierlichen Worten angeordnet werden: beide Anordnungen stehen und fallen mit dem Testament; beide haben den (künftigen) Nachlaß zum Gegenstand. Ihnen ist die *mortis causa donatio* ähnlich.*

Die *mortis causa donatio* (Schenkung auf den Todesfall) unterscheidet sich von anderen Schenkungen (*inter vivos*) dadurch, daß ihre Wirksamkeit in besonderer Weise von dem Tode des Schenkers abhängig gemacht ist. Da nun dasselbe von der Erbeinsetzung und der Vermächtnißanordnung gilt, so fragt sich, wie von diesen die *donatio m. c.* sich unterscheidet.

Die *donatio m. c.* ist 1) ein Vertrag und kommt daher nur unter Mitwirkung des Donatars zu Stande, d. h. dadurch, daß die Schenkungserklärung zur Kenntniß des Donatars gelangt und von diesem irgendwie acceptirt (Consens erklärt) wird; stirbt der Schenker vor der Acceptation, so ist die Schenkung nicht zu Stande gekommen; im Unterschied hiervon ist die Vermächtnißaussetzung ein einseitiger Willensact und wirkt für den Bedachten ohne dessen Willen und Wissen; im Zusammenhang hiermit steht der in *fr. 35. § 7. D. de m. c. donat. 39, 6* angegebene Unterschied; 2) der *m. c. donans* trifft über sein Vermögen oder ein Vermögensstück dem anderen Theil gegenüber Verfügung (*praesens praesenti dat: Marcell. fr. 38. D. eod.*): daher ist diese Schenkung ein ganz selbständiges Rechtsgeschäft und unabhängig von dem etwa daneben (als Testament oder Codicill) errichteten letzten Willen, so daß sie auch dann aufrecht bleibt, wenn etwa das Testament *ruptum*, *destitutum* oder *rescissum* werden, und damit die Vermächtnisse untergehen sollten; 3) die besonderen Erfordernisse der *testamenti factio activa* und *passiva*,** welche für letztwillige Anordnungen gelten, fallen bei der *m. c. donatio* weg, indem diese nur den allgemeinen Vertragsregeln unterliegt (daher *fr. 22. 25. § 1. eod.*).

§ **913**] Eine *m. c. donatio* wird durch den Hinblick auf das bevorstehende Lebensende (*cogitatio mortalitatis*), namentlich Angesichts einer bestimmten Lebensgefahr (*metu praesentis periculi*), z. B. in Krankheit, oder vor dem Antritt einer gefahrvollen Reise, veranlaßt, und der Gedanke ist dabei, 1) daß dem Schenker das Revocationsrecht bis zu seinem Tode vorbehalten bleibt (*fr. 16. 30. D. eod.*), und 2) daß die Schenkung überhaupt nur dann wirksam wird, wenn der Schenker vor dem Donatar stirbt (*fr. 26. D. eod,; § 1. J. de donat. 2, 7*). Beide Momente faßten jene in dem (schon von Labeo bei *Fest. v. mort. c. don.* aufgestellten) Grundsatz zusammen: *donatio m. c. morte tantummodo convalescit* (*Paul. 3, 7. § 1*), oder: *non videtur perfecta donatio m. c. facta,*

---

*) Ueber den weiteren Begriff von *mortis causa capio* vergl. die Pandektenvorträge. **) s. oben Cursus § 821—823. 88.

antequam mors insequatur (*Ulp. fr. 32. D. eod.*),* — und man analysirte den Beweggrund folgendermaßen: *m. c. donatio est, cum quis habere se vult* [*i. e. mavult*], *quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum* (*Marcian fr. 1.* und *Paul. fr. 35. § 2. D. eod.*).

Obwohl Marcellus und Julian auch den Fall, da der Schenker ausdrücklich auf sein Widerrufsrecht verzichtet, zur *m. c. donatio* rechneten (*fr. 13. § 1. i. f. D. eod.*),[2] so betrachteten doch Marcian und Paulus dieses Widerrufsrecht als Unterscheidungsmerkmal der *m. c. donatio* gegenüber der einfachen (*vera et absoluta*) *donatio* (*fr. 27. 35. § 2. eod.*), und gerade vermöge dieses Widerrufsrechts war die *m. c. donatio* geeignet, die Stelle letztwilliger Anordnungen zu vertreten. Dasselbe Bedürfniß, welches die codicillarischen Fideicommisse zur Anerkennung brachte (Umgehung der dem Legat gezogenen Schranken), mag auch die *m. c. donationes* angeregt haben: *legatorum instar obtinent* (*Jul. fr. 17. D. eod.*); wie jene, so wurden auch diese nicht selten unter dem Worte *legatum* mitbegriffen (*fr. 87. D. de legat. III*) und den Legaten in vielen Punkten[3] angenähert; *illud generaliter meminisse oportebit, donationes m. c. factas legatis comparatas; quodcunque igitur in legatis juris est, id in m. c. donationibus erit accipiendum* (*Ulp. fr. 37. pr. eod.*); dies geschah z.B. rücksichtlich der Capacität (*fr. 9. 35. pr. eod.*) und der eingeschränkten Geltung gegenüber einer *B. P. c. t.* (*fr. 3. pr.; fr. 20. D. de legat. praest. 37, 5*), zufolge einer Constitution des Sept. Severus auch rücksichtlich der *quarta Falcidia* (*l. 5. C. ad leg. Falc. 6, 50*).

§ **914**] A. *Legatum.* Während die *m. c. donatio* sich auf das Vermögen des Lebenden bezieht (obwohl sie nicht vor dem Tode wirksam wird), erscheint das Legat als ein Abzug von der Erbschaft, so daß seine Wirkung unmittelbar den Erben trifft, und es ist insofern nicht untrifftig, wenn die Institutionen sagen: *legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda* (*§ 1. J. de legatis 2, 20*).

Es ist ein zwiefacher Weg denkbar, auf welchem das einem Dritten (*legatarius*) aus der Erbschaft Zugedachte demselben zugewendet werden kann: entweder 1) der Wille des Erblassers ergreift unmittelbar das auszuscheidende Vesmögensstück, so daß das dingliche Recht (*jus Quiritium*), welches dem Legatar zugewendet werden soll, im Augenblick, wo die Erbfolge sich (durch *hereditatis acquisitio***) verwirklicht, *ipso jure* entsteht, oder 2) der Erblasser will den dem Legatar zugedachten Vermögensvortheil ihm durch eine obligatorische Verpflichtung des Erben zukommen lassen. Ersternfalls vollzieht sich die beabsichtigte Vermögensänderung ohne des oder der Erben Vermittelung, und diese kommen nur dann in Frage, wenn sie als Besitzer der legirten Sachen auf deren Herausgabe in Anspruch genommen werden: der Legatar kann sie dann mit der (*rei* oder *juris*) *vindicatio* belangen

*) Analogien sind die Convalescenz durch Tod zufolge der *lex Cincia* (s. oben Cursus § 466. sub b), u. diejenige zufolge der *Oratio Caracallae* s. Cursus § 791). **) s. oben Cursus § 847.

(*Gai. 2, 194*). Andernfalls nimmt im Augenblick verwirklichter Erbfolge das Recht des Legatars die Natur einer persönlichen Last, d. h. einer Obligatio des (onerirten) Erben an, gegen welchen der Legatar nun mit einer persönlichen Klage, und nur mit einer solchen, vorgehen kann (*Gai. 2, 204*). Hiernach unterschied das ältere Römerrecht zwischen *legatum per vindicationem* und *per damnationem;* das letztere wurde in Form einer (vielleicht dem *nexum* analogen) Verurtheilung des eingesetzten Erben zum Leisten des legirten Gegenstandes begründet.

§ **915**] Das Vindicationslegat kann geradezu das sachenrechtliche, das Damnationslegat das obligatorische Vermächtniß genannt werden: jenes verschafft den Legatar den Werth unmittelbar, dieses nur mittelbar. Obwohl daher jenes als das kräftigere und dem Legatar vortheilhaftere erscheint, ist doch das Römische Recht zur Anerkennung der anderen Art fortgeschritten, weil in derselben das Gebiet möglicher Zuwendungen beträchtlich erweitert wird. Das Vindicationslegat umgeht den Erben, indem es den legirten Gegenstand vorweg nimmt; das Damnationslegat bedient sich des Erben als eines Mediums und ist insofern ein weniger einfaches Institut: allein mit dieser. Künstlichkeit verbindet sich jener Vorzug, welchen die Obligatio vor dem Eigenthum voraus hat, der Vorzug der Elasticität und Mannichfaltigkeit.* Dies zeigt sich in folgendem Unterschied der beiden Arten.

Ein Vindicationslegat war nur bezüglich solcher Sachen statthaft, welche im Augenblick des Todes des Erblassers (nicht fungible Sachen — auch schon im Augenblick der Testamentserrichtung) in dessen quiritischem Eigenthum waren (*Gai. 2, 196*); wollte der Erblasser dem Legatar eine andere Zuwendung machen, z. B. eine dem Erben selbst zugehörige oder eine ganz fremde, oder aber eine erst künftig entstehende Sache, vielleicht eine Geldsumme, die nicht vorräthig war, oder sonst eine Leistung von Werth legiren: so konnte er das nur durch Damnationslegat bewirken (*Gai. 2, 202. 203*). *Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilominus heredis est; ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in jure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit* (*Gai. 2, 204*).

War eine Sache *per vindicationem* Mehreren Collegataren hinterlassen, so wurden dieselben *condomini,* ein etwa vacanter Theil accrescirte den anderen Theilen; war aber *per damnationem* Mehrern hinterlassen, so unterblieb die Accrescenz zum Vortheil des onerirten Erben, und wenn ein solches Legat *disjunctim* (d. h. für jeden in einem getrennten Satze) angeordnet war, mußte der onerirte Erbe an jeden der Collegatare das volle Legat (die Sache oder deren Werth) leisten; seit

*) s. oben Cursus § 591. 595.

der *lex Papia Poppaea* wurden die vacanten Legatstheile als *caduca* eingezogen (*Gai. 2, 199. 205. 206*).

§ **916**] Ein Legat mußte als Willensmeinung des Erblassers in angemessene, d. h. befehlende Worte gefaßt seyn: *legatum est, quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur* (*Ulp. 24, 1*), — mit deutlicher Unterscheidung, ob ein Vindications-, oder Damnationslegat beabsichtigt sei. *Per vindicationem hoc modo legamus: „Lucio Titio hominem Stichum do lego."* — *„Titius hominem capito, sumito, sibi habeto!"* (*Gai. 2, 193*); *per damnationem: „Heres meus Stichum servum meum dare L. Titio damnas esto!"* — *„hominem dato!"*

Wenn einem der Miterben Etwas aus der Erbschaft *titulo singulari* (als ein Voraus vor den Miterben) zugewendet werden sollte, geschah es in der Formel: *„L. Titius hominem Stichum praecipito!"* Dieses s. g. *legatum per praeceptionem* wurde als eine Unterart des Vindicationslegats behandelt und mußte, nach Ansicht der Sabinianer, vom Legatar mit der *actio familiae herciscundae* geltend gemacht werden (*Gai. 2, 219. 220*). Außerdem kam neben dem eigentlichen Damnationslegat eine verwandte Formel vor: *„Heres meus damnas esto, sinere, L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere!"* Dieses *legatum sinendi modo* war nur auf Sachen, welche (zur Zeit des Todes) dem Erblasser oder onerirten Erben selbst gehören, anwendbar, und nach der Ansicht eines Theils der Römischen Juristen verpflichtete es den onerirten Erben nicht zu positiver Thätigkeit, sondern nur *patientiam praestare, ut legatarius rem sibi habeat*, so daß, auch wenn es mehrern Collegataren *disjunctim* hinterlassen war, der Onerirte es nicht mehrmals, sondern nur ein Mal, nämlich dem *primus occupans* zu gewähren hatte (*Gai. 2, 209—211. 213—215*).

Alle diese Formalunterscheidungen verloren wesentlich an Bedeutung durch ein auf Nero's Veranlassung gegebenes Senatsconsult (*Sctum Neronianum*), durch welches bestimmt wurde, daß das Vindicationslegat einer *res aliena*, um aufrecht erhalten zu werden, als Damnationslegat verstanden werden solle: *„perinde utile sit legatum, atque si optimo jure relictum esset"* (*Gai. 2, 197*). Hiermit war überhaupt ein Ausgangspunkt für freiere Interpretation geschaffen,* und seitdem machten sich die Ansichten geltend, daß mit der Präceptionsformel auch einem Nichterben und auch eine *res aliena* legirt werden könne (*Gai. 2, 218. 220*), und ein *legatum sinendi modo* auch dann gelte, wenn die legirte Sache erst nach des Erblassers Tode in des onerirten Erben Vermögen kommt (*Gai. 2, 212*). — Es war nunmehr das Legat gleichsam in das Obligationengebiet verpflanzt, der freiere Obligationskarakter zur Herrschaft gebracht, und der Vindicationsschutz erschien, wo er überhaupt begründet war, fast nur noch wie ein Nebenstück.

§ **917**] In Betreff des Onerirens war nach altem Recht der Erblasser unbeschränkt: 1) er konnte, wenn mehrere Miterben waren, etwa

*) s. oben Cursus § 873.

nur Einen oder auch Jeden mit Legaten belasten, b) mehrere oder auch alle Miterben gemeinsam mit einem Legat belasten, und zwar entweder α) *in solidum*, d. h. mit alternativer Belastung: *ille aut ille heres Sejo centum dato! potest Sejus, ab utro velit, petere* (*Paul. fr. 25. D. de legat. III*) oder β) *pro parte*, welchenfalls wieder zu unterscheiden ist, ob der Erblasser Belastung zu gleichen Theilen oder nach Verhältniß der Erbportionen gemeint hat. *Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut civiles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent* (*Nerat. fr. 124. D. de legat. I.*). Im Zweifel schulden die onerirten Erben *pro portione hereditaria*.

2) Der Erblasser konnte seine Erben bis zur Erschöpfung mit Legaten belasten. *Olim licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere, praeter quam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut, quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis „Uti legassit suae rei, ita jus esto": quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur* (*Gai. 2, 224*). Mehrere legislative Versuche, diesem Mißstand abzuhelfen, waren unzulänglich: a) die *lex Furia testamentaria** (vor d. J. 169 v. Chr.), welche bei Strafe überhaupt übermäßige Legate anzunehmen verbot und davon nur nahe Verwandte ausnahm (*plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est: Gai. 2, 225*); b) die *lex Voconia* (169 v. Chr.),** welche die relative Schranke hinzufügte; *ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent* (*Gai. 2, 226*),[4] d. h. daß kein einzelner Legatar mehr annehmen dürfe als der Gesammtwerth der den Erben frei zukommenden Erbschaft beträgt. Beide Bestimmungen waren unzulänglich, denn, wenn viele Legate verschiedenen Personen ausgesetzt wurden, konnten die Erben trotz der *lex Furia* leer ausgehen, trotz der *lex Voconia* so wenig erhalten, daß es nicht den Erbantritt verlohnte.

Erst die *lex Falcidia* (40 v. Chr.) schlug den richtigen Weg ein, mit der Bestimmung: *ne plus civi Romano legare liceat, quam dodrantem* (*Gai. 2, 227* und *Paul.* in *fr. 1. pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2*). Zwar griff diese Bestimmung — in dieser Allgemeinheit etwas bis dahin Unerhörtes — die Testirfreiheit des Römers unmittelbar an, indem sie gewissermaßen einen Pflichttheil dem Testamentserben sicherte, aber sie beseitigte jene unzweckmäßigen Schranken der früheren Gesetze und beugte in zweckmäßiger Weise der willkürlichen Vermögenszerstückelung vor, indem sie dem *heres ex asse* Anspruch auf ein Viertel (*quadrans*) der Erbmasse, und entsprechend jedem der mehrern Miterben auch ein Viertel seiner Erbportion als reinen Gewinn gewährte. *Quarta Falcidia* heißt seitdem der dem belasteten Erben frei verbleibende

*) s. Excurse S. 153. 154. **) s. oben Cursus § 883.

Bruchtheil, zu dessen Herstellung sich die betheiligten Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug von ihren Legaten gefallen lassen müssen, wenn die Erbportion überlastet war. Bei der Berechnung kommt der Augenblick des Todes des Erblassers in Betracht, und der Betrag der Erbschaft (bez. Portion) ergibt sich durch Abrechnung sämmtlicher Erbschaftsschulden.*

Den Abzug der Quart durfte der Testator um so weniger untersagen, seit infolge der *lex Julia vicesimaria* das Aerar an der Aufrechthaltung der Testamente interessirt war; erst Justinian gab dem Erblasser diese Befugniß (*Nov. 1. c. 2*).

§ **918**] B. *Fideicommissum.* Seit Augustus und Labeo wurde eine neue und freiere Form des Vermächtnisses als wirkliches Rechtsverhältniß anerkannt, nachdem es wahrscheinlich lange als eine persönliche Vertrauenssache zwischen Erblasser und Erben in Uebung gewesen war: das Fideicommiß in codicillarischer Anordnung,** für welches nicht *verba imperativa* vorgeschrieben waren, sondern jeder, namentlich auch der bloß bittweise, Ausdruck als genügend galt: *nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur* (*Ulp. 24,1; 25, 1*), z. B. „*Fidei committo, Peto, Volo dari!*" (*Ulp. 25, 2*).

Als ostensibler Grund wurde das Bedürfniß letztwilliger Anordnungen auf Reisen angegeben, allein wenn wir die von Gaius (*2, 268—288*) aufgestellte Liste von Unterschieden zwischen Legat und Fideicommiß ansehen, drängt sich die Ueberzeugung auf, daß vielerlei Gründe zusammentrafen, welche dem jungen Institut zu einem so ungemein raschen Wachsthum verhalfen, wie wir es in der That in den Quellen bezeugt finden; und zwar war es vornehmlich auch der Wunsch manches Erblassers, einer Person, welcher wegen Mangels der *testamentifactio passiva* oder der *capacitas* Nichts *directo jure* hinterlassen werden konnte, auf jenem Umwege etwas zukommen zu lassen (*Gai. 2, 284*). Auf diesem Wege des Fideicommisses konnten sogar die von der *lex Papia Poppaea* gezogenen, im tiefsten Grunde verhaßten und unvolksthümlichen Schranken leicht umgangen werden (*Gai. 2, 286. 286a*). Auch die Erzählung der Institutionen läßt dies deutlich genug durchblicken: *Sciendum est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat; quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant, et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus D. Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque favor*

---

*) Ueber das Recht der Falcidischen Quart in Fällen der Accrescenz und Vulgarsubstitution vergl. die Pandektenvorträge. **) s. oben Cursus § 826. 873.

eorum factus est, ut paulatim etiam Praetor proprius crearetur, qui fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant (*§ 1. J. de fideicom. heredit. 2, 23*).

§ **919**] Während vom Legat galt: *a legatario legari non potest*, konnte dem Legatar ein Fideicommiß auferlegt werden (*Gai. 2, 261. 271*). Während die *juris civilis ratio* den Satz forderte: *post mortem heredis legari non potest* (*ne ab heredis herede legari videatur: Ulp. 24, 16*), war ein derartiges Fideicommiß gültig (*Gai. 2, 277*). Während die *libertas directo data** immer *ipso jure* eintrat und den bisherigen Sklaven zum *libertus orcinus* machte: konnte fideicommissarisch auch durch Vermittlung eines Erben oder Legatars Freiheit einem (eignen oder auch einem fremden) Sklaven gewährt werden, so daß derselbe durch die dann stattfindende Freilassung *libertus* des Freilassenden wurde (*Gai. 2, 263—267; Ulp. 2, 7—12*). Während Legate nur im Testament angeordnet werden konnten (und zwar *post heredis institutionem: Gai. 2, 229*) und von diesem abhängig waren: konnte ein Fideicommiß auch Intestaterben auferlegt werden (*Gai. 2, 269*). Legate konnten nur in lateinischer (*civilia verba*), Fideicommisse auch in anderer, namentlich griechischer Sprache, ja auch stillschweigend angeordnet werden (*Gai. 2, 281; Ulp. 25, 3. 9*). Peregrinen, welchen die *testamenti factio passiva* —, *Latini Juniani, coelibes* und *orbi*, welchen die *capacitas* für Legate fehlte, konnten doch fideicommissarisch bedacht werden (*Gai. 2, 275. 284—286.*), und gleiches galt von Corporationen, *incertae personae* und *postumi alieni* (*Gai. 2, 287*). Das Recht der *Quarta Falcidia* galt nur für Legate, nicht für Fideicommisse (*Gai. 2, 254*). — Gaius (*2, 289*) resummirt demgemäß: *in multis juris partibus longe latior causa est fideicommissorum, quam eorum, quae directo relinquuntur.*

Aber eben diese *longe latior causa* war gefährlich, weil sie über das ganze Legatensystem mit seinen sorgfältig im Lauf der Jahrhunderte aufgerichteten Schranken mühelos hinweghalf. Es begann daher sehr bald eine Reaction gegen jene Freiheit und eine Annäherung der Fideicommisse an die Legate, welche um so weniger bedenklich war, seitdem durch das *Sctum Neronianum* das Formelwesen bei Legaten erheblich vereinfacht war, und um so natürlicher erschien, seitdem man anfing, Fideicommisse auch im Testament selbst anzuordnen. Wichtig war in dieser Hinsicht namentlich ein *Sctum Pegasianum* (*Pegaso et Pusione Coss.* unter Vespasian, a. 69—79), welches die Peregrinen von Fideicommißfähigkeit ausschloß[5] (*Gai. 2, 285*) und die Capacitätsschranken der *lex Julia et Papia Poppaea,* sowie das Recht der *Quarta Falcidia* auch auf die Fideicommisse anzuwenden verordnete (*Gai. 2, 254. 286 a*). Durch ein *Sctum* unter Hadrian wurde ausgesprochen, daß *incertae personae* und *postumi alieni* auch nicht fideicommissarisch bedacht werden könnten (*Gai. 2, 287*).

Anderseits wurden die Legate den Fideicommissen dadurch in

*) s. oben Cursus § 375. sub 2. § 376. sub 2.

Etwas näher gerückt, daß ihre Anordnung und Wiederaufhebung (*datio et ademtio*) zwar nicht in einfachen, aber doch in confirmirten* Codicillen zugelassen wurde (*Gai. 2, 270; Ulp. 24, 29*), und seit Nerva und Hadrian auch Legate zu Gunsten von Gemeinden ausgesetzt werden konnten (*Ulp. 24, 28*).

§ **920**] Je mehr in dieser Weise die Legate und Fideicommisse hinsichtlich ihrer formellen und subjectiven Bedingnisse einander ähnlich wurden, um so weniger konnte es zweifelhaft bleiben, daß auch die sachlichen Consequenzen des Legatsbegriffs auf die Fideicommisse anzuwenden seien, da doch beide Institute im Grunde auf denselben Voraussetzungen beruhten und denselben Verkehrszwecken zu dienen bestimmt waren. So übertrug man die für Legate aufgestellten Rechtssätze vom *dies cedens* und *veniens*** auf Fideicommisse, und unterwarf diese auch der *regula Catoniana*.***

Der Widerruf eines Legats kann in beliebiger Form erklärt werden (*ademtio legati*), so daß selbst eine stillschweigende Zurücknahme wirksam ist, z. B. durch anderweite Verschenkung des Gegenstandes (*posterior voluntas legato potior est: Pap. fr. 24. § 1. D. de adim. legat. 34, 4*), oder durch Umwandlung in ein neues Legat (s. g. *translatio legati; novissima enim voluntas servatur: Paul. fr. 6. eod.*). Ferner kommt ein Legat in Wegfall, wenn der Honorat es ausschlägt, erwerbsunfähig wird oder vor dem *dies cedens* stirbt (*legatum exstinctum*): solchenfalls hatte, außer gewissen Fällen der Incapacität und Indignität,† der Onerirte den Vortheil davon. Wenn eine Erbportion an den Vulgarsubstituten kommt, soll dieser im Zweifelsfalle als mit demselben Legat belastet gelten, wie denn auch im Fall eintretender Accrescenz das *onus legati* mit übergeht (*fr. 61. § 1. D. de legat. II*). — Alle diese Rechtssätze übertrugen sich gleichsam von selbst auf das Institut der Fideicommisse. Auch das Recht auf *cautio legatorum servandorum causa* nebst eventueller *missio in possessionem* ward den Fideicommissen ertheilt ††

Demgemäß wurde von den classischen Juristen oft und gern auf die theilweise Gleichstellung der Legate und Fideicommisse hingewiesen; Ulpian (*25, 5. 6*) sagt: *Res per fideicommissum relinqui possunt, quae etiam per damnationem legari possunt. Fideicommissa dari possunt his, quibus legari potest.* Und wenn aus Ulpian's Edictscommentar die Worte referirt werden „*Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*" (*fr. 1. D. de legat. I.*): so kann zwar Ulpian nicht einfach so geschrieben haben, allein gewiß ist, daß die Interpolation Justinian's sich hier einer Ulpianschen Wendung bemächtigt hat, welche wenigstens die Neigung der Zeit zu völliger Gleichstellung ausdrückte. Diese zu vollenden, blieb Justinian vorbehalten.[6]

Literatur: 1) v. Savigny Syst. d. R. R. IV. S. 240—280. — 2) Ueber diesen Fall vergl. Hasse i. Rhein. Museum II. S. 337 ff. III. S. 377; v. Schröter in

*) s. oben Cursus § 827. **) s. oben Cursus § 847. ***) s. oben Cursus § 844.
†) s. oben Cursus § 839. ††) s. oben Cursus § 874.

d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. S. 110; v. Savigny S. 241 u. Schilling Lehrb. f. Instit. u. Gesch. d. R. R. III. § 353. Anm. *m.* — 3) nicht in allen Punkten; s. Hasse II. S. 353 ff., v. Schröter S. 112 ff. u. v. Savigny S. 267 ff. — 4) Vergl. dazu Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 24. u. Schlagintweit i. Ihering's Jahrbb. f. Dogmatik VI (1863) S. 339 ff. — 5) Insgemein wird diese Bestimmung auf ein *Sctum* unter Hadrian zurückgeführt, allein Gai. 2, 285 erwähnt dieses ausdrücklich nur für den *favor fisci*, und die Worte „*sed postea Scto Pegasiano prohibiti sunt*" in Gai. 2, 286 a machen es wahrscheinlich, daß auch in der ersteren Stelle vorher das *Sctum Pegasianum* gemeint ist. — 6) Westphal Hermeneutisch-systemat. Darstellung d. Lehre v. Vermächtnissen u. Fideicommissen, 2 Bde. (Leipz. 1791). Roßhirt d. Lehre v. d. Vermächtnissen nach R. R., 2 Bde. (Heidelb. 1835). Marezoll i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. IX. No. 4. u. 9. Mayer d. Lehre v. d. Legaten u. Fideicommissen, 1. Abth. (Tüb. 1854). Vering Röm. Erbrecht, S. 668—816.

LX. Kapitel.

III. Die gemischte Erbfolge.

§ **921**] A. *Legatum partitionis.* Die Begriffe der Universalsuccession und der Singularsuccession scheinen völlig incompatibel zu seyn, und doch lassen sich letztwillige Anordnungen denken, in denen keiner jener beiden Begriffe ganz rein durchgeführt scheint. Solche Anordnungen tragen immer mehr oder weniger den Stempel der Ausnahme, und es sind meistens complicirte Interessen, durch welche sie veranlaßt werden. Eine der ältesten Erscheinungen dieser Art ist das *legatum partitionis* (*s. partitio legata*), vielleicht zur Umgehung der *lex Voconia*, welche den *classici* verbot, eine Frau zum Erben einzusetzen, erfunden.

Es ist Singularvermächtniß einer Erbschaftsquote, in Gemäßheit der Anordnung: *heres meus cum Titio hereditatem meam partitor* (*s. dividito*)! Dem Legatar (*partiarius*) ist hier, wie einem Erben, ein Bruchtheil (die Hälfte, bez. ein geringerer Theil) des Ganzen zugewendet, so daß nicht bestimmte Bestandtheile aus der Erbmasse ausgeschieden sind, und der Betrag der Zuwendung sich nur aus der Berechnung des Ganzen unter Abzug der Erbschaftsschulden ergibt; aber was der Legatar dann auf Grund dieser Berechnung erhält, erwirbt er nicht *titulo heredis:* daher gehen auch nicht die Forderungen und Schulden der Erbschaft auf ihn über.

Wie die Theilung auszuführen sei, war lange bestritten, bis des Pomponius vermittelnde Ansicht siegte, daß wegen untheilbarer Nachlaßstücke der Partiar abzufinden sei, und im Uebrigen der onerirte Erbe die Wahl zwischen Abfindung und Realtheilung habe (*fr. 26. § 2. D. de legat. I*). Dem Erben fiel die Mühe der Regulirung zu, und vielleicht hat gerade dies auch einen der Anlässe solcher Legirung abgegeben; da aber nicht immer ein sofortiger Rechnungsabschluß möglich war, half man sich bei der Theilung mit der gegenseitigen Zusage, später etwa hervortretende Vermehrungen oder Verminderungen der Erbschaft durch Nach- oder Rückzahlung ausgleichen zu wollen: *stipulationes partis et pro parte, quae de lucro et damno communi-*

cando solent interponi inter heredem et legatarium partiarium (*Ulp. 25, 15*).[1]

§ 922] B. *Fideicommissum hereditatis.* Als die Sitte des *fidei committere* Eingang fand, kam es auch vor, daß der Erblasser, welcher etwa den Nachlaß Jemandem ohne Erbtitel zuwenden wollte, den eingesetzten Erben fideicommissarisch bat, den Nachlaß einem Anderen auszuantworten. Der onerirte Erbe konnte dies dann so vollziehen, wie wenn er eine Erbschaft verkaufte*: *tunc in usu erat, ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire, et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emtorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut, quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino, si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut, si quid ex hereditate ad hereditatem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi* (*Gai. 2, 252*).[2]

Auf diesem Wege war es auch möglich, die Erbschaft oder einen Bruchtheil derselben einem solchen zuzuwenden, welcher *titulo heredis* zu erwerben unfähig war, oder anzuordnen, daß die Erbschaft etwa nach einer gewissen Zeit (*Gai. 2, 250*), oder beim Tode des onerirten Erben an einen Anderen gelangen solle (*Gai. 2, 277*).

§ 923] In allen Fällen blieb der Onerirte der nominelle Erbe auch nach bewirkter Herausgabe des Fideicommisses (*restitutio hereditatis vel partis; Gai. 2, 251*); doch bestimmte ein nach Trebellius Maximus Cons. benanntes Senatsconsult unter Nero (*Sctum Trebellianum*; 62 n. Chr.), um die Lage des onerirten Erben zu vereinfachen: daß infolge fideicommißmäßiger Ausantwortung der Erbschaft oder des Bruchtheils der Fideicommissar selbst unmittelbar klagen und verklagt werden könne, wie wenn er Erbe geworden wäre; *post quod Sctum desierunt illae cautiones in usu haberi, praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in Edicto proponuntur* (*Gai. 2, 253*). Als dann das Recht der *Quarta Falcidia* (durch das *Sctum Pegasianum***) auf die Fideicommisse übertragen wurde, erschien freilich, wenn der onerirte Erbe in den Fall kam, von dem Recht des Quartabzugs Gebrauch zu machen, der Fideicommissar mehr wie ein Legatar, als wie ein Erbe,[3] und demgemäß sollten solchenfalls nicht die Wirkungen des *Sctum Trebell.* angenommen, sondern die bei dem *legatum partitionis* üblichen *stipulationes partis et pro parte*† zur Sicherstellung des restituirenden Erben analog angewendet werden (*Gai. 2, 254—257*).

Infolge des *Sctum Trebellianum* wurde der Vermächtnißnehmer nach

*) s. oben Cursus § 681. 838. **) s. oben Cursus § 919. †) s. oben Cursus § 921 a. E.

bewirkter Restitution *heredis loco:* der onerirte Erbe hieß *heres fiduciarius,* der Vermächtnißnehmer *heres fideicommissarius,* und das Vermächtniß *fideicommissum hereditatis s. hereditas fideicommissaria* (Erbschafts- oder Universalvermächtniß); und weil der Vermächtnißnehmer in Betreff des ihm ausgeantworteten Bruchtheils ganz an die Stelle des onerirten Erben tritt, kann die Anordnung eines solchen Vermächtnisses *substitutio fideicommissaria* genannt werden: sie begründet eine auf indirectem Wege vermittelte successive Erbfolge.*

§ **924**] Durch das *Sctum Trebellianum* war allerdings der onerirte Erbe gegen irgend welchen Vermögensnachtheil gesichert, aber einen positiven Vortheil sicherte ihm erst jenes *Sctum Pegasianum.* Dasselbe bestimmte außerdem, daß wenn der onerirte Erbe nicht freiwillig antrete, er auf Antrag des Fideicommissars dazu genöthigt werden und solchenfalls die ganze Auflage ohne Quartabzug, jedoch hier mit der Wirkung des *Sctum Trebellianum,* erfüllen solle (*Gai. 2, 258*). Hiernach lassen sich drei Hauptfälle unterscheiden: entweder 1) der onerirte Erbe trat an und restituirte, weil er die Quart frei hatte, *ex Scto Trebelliano:* dann war er *pro parte restituta* von den Erbschaftsklagen *ipso jure* frei; oder 2) er trat an und restituirte unter Abzug der Quart *ex Scto Pegasiano:* dann hatte er die Mühe der Erbschaftsregulirung und die Umständlichkeit der Stipulationen, und möglicherweise war jener Vortheil wegen Ueberschuldung der Erbschaft so klein, daß der Erbe lieber von vornherein abgelehnt hätte; oder 3) er lehnte (*propter suspectam et quasi damnosam hereditatem*) ab, mußte aber, weil der Fideicommissar die Erbschaft *suo periculo* übernehmen wollte, auf dessen Antrag gezwungen antreten und das Ganze restituiren: dann traten zwar die Wirkungen des *Sctum Trebell.* ein, aber der Onerirte ging leer aus. In dem besonderen Fall, daß ein Onerirter, welcher die Quart nicht frei hatte, freiwillig antrat und (zu Ehren des Testators) auf das Abzugsrecht verzichtete, mußte er noch immer zu jenen *stipulationes ad exemplum emtae et venditae hereditatis* greifen (*Gai. 2, 257*).

In der Hauptsache blieb es bei diesem Rechtszustand bis in die nachclassische Zeit hinein, nur daß Antoninus Pius das Recht des Quartabzugs ausdrücklich auch den onerirten Intestaterben gewährte (*fr. 18. pr. D. ad leg. Falc. 35, 2*). Aus obiger Zusammenstellung aber ergibt sich, daß der onerirte Erbe oft in einer übeln Lage war und in Umständlichkeiten ohne erheblichen Vortheil verwickelt werden konnte; dennoch fand erst unter Justinian eine angemessene Vereinfachung des Rechtszustandes Statt (*§ 7. J. de fideicom. hered. 2, 23*).

§ **925**] C. *Heredis institutio ex re certa.* Eine solche ist, einfach verstanden, eine vitiöse Erbeinsetzung, weil die Beschränkung auf *certa res* ein Widerspruch zu dem Titel eines Erben ist; daher gilt, wenn der Erbe keine Miterben hat, die Beschränkung regelmäßig als nicht beigefügt.[4] Wenn aber (sei es *sine partibus,* oder *ex certis par-*

---

*) s. oben Cursus § 815 a. E.

tibus eingesetzte) Miterben zur Seite stehen, denen jene Beschränkung zu Statten kommt, so muß diese modificirte Erbeinsetzung künstlich aufrecht erhalten werden. Der einzige dogmatisch mögliche Weg ist folgender.

Der Eingesetzte wird als *heres sine parte scriptus detracta rei mentione* behandelt (*fr. 1. § 4; fr. 9. § 13; fr. 35. pr. D. de hered. instit. 28, 5; fr. 29. § 1. D. ad Sct. Trebell. 36, 1*; *l. 1. C. Greg. de fam. herc. act. 3, 6*), d. h. der Erbe gilt als *heres sine parte* mit der stillschweigenden Auflage, die ihm als solchem eigentlich zukommende Erbportion als Universalfideicommiß an die Miterben auszuantworten, sowie mit der Anwartschaft auf die *res certa* als Singularvermächtniß. Die Beschränkung auf *res certa* hebt mithin nicht die Erbqualität, sondern nur die Erbportion auf, und die Formel besteht in einer Verflechtung der directen und der indirecten Universalsuccession mit der Singularsuccession.

Es genügt eine solche Einsetzung dem formellen Notherbrecht, der Eingesetzte hat das *judicium familiae herciscundae* und das Recht des Quartabzugs, wofern der Werth der *res certa* nicht den vierten Theil der imaginären Erbportion erreicht, welche wie die eines überzähligen Erben berechnet wird. Anderseits muß auch die testamentarische Collationspflicht und das Verbot, Testamentszeuge zu seyn, diesen Erben treffen. Hinsichtlich der ihm zukommenden *res certa* aber treten die gewöhnlichen Vermächtniß-Grundsätze vom *dies cedens* und *veniens*, Duldung des Quartabzugs und *interdictum quod legatorum* in Anwendung.[5]

§ **926**] D. *Praelegatum.* Bisweilen wird in den Quellen der Ausdruck *praelegare* für solche Fälle gebraucht, da an Jemand, der nicht zu den Erben gehört, Etwas vermacht wird, worauf dem Bedachten schon außerdem ein gewisser Anspruch zusteht, z. B. *praelegatum* (*s. relegatum*) *dotis* (*fr. 1. D. de praeleg. dote 33, 4*). Vorzugsweise aber wird jener Ausdruck in dem Fall, daß mehrere Miterben berufen sind,[6] von einem Vermächtnißnehmer gebraucht, welcher zugleich als Erbe (testamentarisch oder gesetzlich) berufen ist; doch muß auch hier wieder unterschieden werden.

1) Wenn einem Erben ein Vermächtniß so ausgesetzt wird, daß mit dessen Entrichtung ausdrücklich einer oder mehrere bestimmte Miterben belastet sind: so findet eben nur eine factische Verbindung zweier getrennter Anordnungen Statt, ohne weitere juristische Eigenthümlichkeiten, als die, daß ein solches Vermächtniß bei der Erbtheilung unmittelbar mit der *actio familiae herciscundae* geltend gemacht werden kann (*fr. 17. § 2. D. de legat. I*). Man hat diesen Fall als *praelegatum improprium* bezeichnet.[7]

2) Ein eigenthümliches Rechtsinstitut liegt dagegen dann vor, wenn einem der Miterben ein Vermächtniß ausgesetzt ist ohne Bestimmung der Onerirten. Ein solches Prälegat im engeren und eigentlichen Sinn[8] ist als ein auf die ganze Erbschaft gelegtes Vermächtniß anzusehen, demzufolge jeder der Miterben, mithin auch der Vermächt-

nißnehmer selbst, als onerirt erscheint. Es vereinigen sich also hier, wie bei der *heredis institutio ex re certa*, in derselben Person Universal- und Singularsuccession, nur in ganz anderer Weise und mit ganz anderem Erfolg, denn während dort eine gewisse Vermittlung erreicht wird, muß hier die Singularsuccession, insoweit eben der Conflict gegeben ist, der Universalsuccession weichen, d. h. das Prälegat wird unwirksam zu dem Theil, zu welchem der Prälegatar nach dem Wortlaut als mit onerirt gelten müßte, denn es kann keine Rechtsverbindlichkeit darauf gehen, daß Jemand an sich selbst Etwas leiste.

Das Prälegat ist zu diesem Theil nicht schon in der Errichtung ungültig, sondern wird (insoweit) nur dadurch unwirksam, daß der Prälegatar seine Erbportion wirklich erwirbt.[9] In diesem Fall triumphirt der Erbtitel über den Singulartitel. Der Prälegatar hat dann den betreffenden Theil der legirten Sache (durchaus nur) *jure hereditario*: er muß ihn daher in die Falcidische Quart einrechnen lassen, und anderseits erscheint dieser Theil als vacante Vermächtnißportion, welche, wenn der Prälegatar Collegatare hat, denselben accrescirt (*fr. 116. § 1. D. de legat. I*). Wenn aber der Prälegatar seine Erbportion nicht erwirbt oder die erworbene dann einbüßt, so kann er das Prälegat unverkürzt beanspruchen (*fr. 87. D. eod.; fr. 18. § 2. D. de his, quae indignis 34, 9*). —

Wir schließen mit diesen vier Rechtsfiguren das System des *jus commune Romanorum*. Die eigenthümliche Complication, welche dieselben kennzeichnet, macht uns darauf aufmerksam, daß das, was hier als das Ende des Systems erscheint, zugleich ein Höhepunkt der civilistischen Dogmatik der Römer ist. Es sind diese erbrechtlichen Configurationen offenbare Luxuspflanzen und Erzeugnisse eines juristischen Genius, welchen die überschwellende Triebkraft über das Gewöhnliche und Nothwendige hoch hinaustreibt; aber bewundernswerth bleibt die Sicherheit, mit welcher der Flügelschlag der classischen Jurisprudenz sich um diese Gipfel feinster Civilistik bewegt.

Literatur: 1) Köppen System d. Röm. Erbrechts I. S. 79. — 2) Gans d. Erbrecht in weltgesch. Bedeutung II. S. 221 ff. Köppen S. 90. — 3) Ders. S. 92. 4) Vergl. dazu Neuner d. *heredis institutio ex re certa* (Giess. 1853) S. 22 ff. — 5) Ders. S. 341 ff. u. Vangerow Lehrb. d. Pandekten II. § 449. Anm. 2. — 6) v. Buchholtz d. Lehre v. d. Prälegaten (Jena 1850) S. 126. 137. — 7) Ders. S. 166. — 8) v. d. Pfordten *Diss. de praelegatis* (Erlang. 1832) p. 7. — 9) Anders Roßhirt Lehre v. d. Vermächtnissen II. S. 215.

DRITTES BUCH.

Das Jus Militum.

LXI. Kapitel.

I. Allgemeine Grundsätze.

§ **927**] A. Es ist bereits an mehreren Punkten der bisherigen Darstellung* auf die eigenthümliche Rolle aufmerksam gemacht worden, welche die Soldaten in der Kaiserzeit zu spielen anfingen. Das Römische Militärwesen zeigte seit den letzten republikanischen Wirren eine Neigung, sich in einen Soldatenstand umzubilden, und es lag im Interesse des jungen Kaiserthums, durch Förderung dieser Neigung sich einen Rückhalt zu schaffen. Es ist dies die einzige wirkliche Standesformation, zu welcher es die im Altern begriffenen heidnischen Culturvölker noch bringen konnten, und welche von allgemeinem rechtsgeschichtlichen Interesse ist.

Das Recht der Soldaten tritt gewissermaßen an die Stelle des Rechts der Peregrinen, dessen Bedeutung namentlich seit dem 2. Jahrhundert der Kaiserzeit rasch zusammenschrumpft.** Das Soldatenrecht erscheint nun als die andere Hemisphäre im dualistischen System des Römerrechts, aber bald stellt sich heraus, daß das Verhältniß zu dem Recht der anderen freien Reichsbewohner ein Verhältniß der Ueberordnung und Bevorzugung ist. Das Peregrinenrecht bildete die Folie des Bürgerrechts, und dieses erschien als das *jus eminens* im Reiche; als aber in das Soldatenrecht System kam, ließ sich sagen, daß nun das Bürgerrecht einem anderen Recht, eben dem Soldatenrecht, zur Folie diente. Immer mehr wurde das Bewußtseyn im Reiche herrschend, daß dessen Dauer und Macht abhänge von den Leistungen und Verdiensten jenes Standes, welcher mit seinem Leben für die Ordnung im Innern und für die Sicherheit nach Außen bürgen sollte. Es war aber nur der rechtliche Ausdruck dieses öffentlichen Bewußtseyns, wenn das *jus militum* den Stempel des *jus eminens* im Reiche vor dem *jus civium* erhielt, welches im Gegensatz nun gern als *jus privatorum* oder *paganorum* bezeichnet wurde.

§ **928**] Das System dieses neuen *jus eminens,* gleichsam ein neues Römerthum in zweiter Potenz reflectirend, war nicht bloß der Ausfluß und Ausdruck eines politischen Planes und eine kaiserliche Combination willkürlicher Privilegien, sondern unverkennbar kündigt sich in ihm in aller Stille eine Welt neuer Rechtsanschauungen an, deren Geist

*) s. oben Cursus § 276. 305. 330. 340. 356. Excurse S. 234. 235. 301—303. **) s. Excurse S. 201. 317.

den endlichen und völligen Bruch der nationalen Schranken des Römerthums in sich trug. In der Atmosphäre der Legionen, welche durch die Weiten des Reichs zerstreut sich aus aller Welt Ländern und Völkern recrutirten, erwuchsen jene neuen Rechtssätze, in welchen alle Fasern Römischer Tradition durchschnitten wurden. Was ein Privatmann streng beobachten mußte, das wurde bei einem Soldaten auf Rechnung der *imperitia* (*Gai. 2, 109*) und *simplicitas* (*fr. 1. D. de test. milit. 29, 1*) geschrieben und ihm nachgesehen; was dem guten Römischen Bürger unvernünftig schien, das wagte der freie Römische Soldat zu denken, z. B. die Verbindung der gesetzlichen mit der testamentarischen Delation, zwischen welchen noch *Pomponius ad Sabinum* einen natürlichen Widerstreit erkannte (*fr. 7. D. de R. J.*); und wenn das Kaiserthum einen Anlauf nahm, sich über das Gesetz zu stellen, so schien es fast, als ob der Soldatenstand daran Theil nehmen und eine Stellung über den gewöhnlichen Gesetzen einnehmen solle. Viele unrömische Impulse drangen so in die Welt Rom's ein und förderten deren innere Zersetzung, aber ächt Römisch war noch der Gedanke, welcher diese Impulse vornehmlich leitete: daß der Krieger, welcher die Mannesarbeit des Reichsschutzes habe, frei und ledig seyn müsse aller Umständlichkeiten und Formalitäten und Künstlichkeiten, welche noch immer, wie mit Falten der feierlichen Toga, den rechtsgeschäftlichen Gang des Römers zu hemmen schienen.

§ **929**] B. Daß der Soldatenstand des Kaiserreichs in gewisser Beziehung sein Recht für sich habe, machte sich nicht bloß negativ geltend, in den Ausnahmen, welche um seinetwillen vom *jus commune privatorum* gemacht wurden, sondern auch positiv darin, daß bei manchen allgemeinen Vorschriften für gut befunden wurde, ausdrücklich zu sagen, daß dieselben auch auf *milites* Anwendung leiden sollten. So erklärte zufolge einer Nachricht von Callistratus der Senat, um dem Verbot der Stranddiebstähle Nachdruck zu geben, daß auch Soldaten von dem Verbot des Einmischens bei Strandungsunfällen getroffen würden; *„miles, privatus, libertus servusve Principis“*: in dieser Reihenfolge zählte der Senat die selbständig in Betracht kommenden Reichsbewohner auf (*fr. 7. D. de incendio, ruina, naufr. 47, 9*).

An manchen Spuren läßt sich das allmähliche Wachsthum dieses neuen Systems verfolgen. 1) Seit Cäsar kam eine Concession an Soldaten vor, welche ihnen *libera testamenti factio* verlieh; spätere Imperatoren wiederholten dieses Privileg, bis dann seit Trajan ein ständiger Artikel den kaiserlichen Provinzialmandaten einverleibt wurde: *Secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones, simplicitati eorum consulendum existimavi: ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quomodo volent; faciant, quomodo poterint; sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris* (*fr. 1. D. de test. mil. 29, 1*). Dies war der Anfang der militärischen Testamentsprivilegien. 2) Ein zweiter Gedanke wurde zuerst von Augustus ausgesprochen, indem er dem

filiusfamilias miles ein beschränktes Testirrecht einräumte (*Ulp. 20, 10*): dies war der Anfang eines ganzen Systems von Rechtssätzen, welche darin zusammenstimmen, daß der *miles* gewissermaßen eine zweite Persönlichkeit neben der gemeinbürgerlichen habe und der *filius* in der Sphäre der *militia loco patrisfamilias* sei. Aus der Bemerkung Ulpian's, daß über die Nichtanwendung der Collation auf *peculium castrense* (und *quasi castrense*) viele Constitutionen ergangen seien, sehen wir beispielsweise die Anstrengung der kaiserlichen Autorität in dieser Bahn (*fr. 1. § 15. D. de collatione 37, 6*). 3) Einzelnen Soldaten (*veterani*) wurde nach ehrenvoller Entlassung als Privileg das *jus conubii* mit ihren *uxores latinae peregrinaeve* ertheilt (*Gai. 1, 57*): ein Gegensatz zu dem Verbot der Verehelichung dienender Soldaten überhaupt. Paulus ist der Ansicht, daß das Angebot eines *miles* als Bürgen keine genügende Bürgschaft sei (*fr. 8. § 1. D. qui satisd. cog. 2, 8*); weiter ging eine Verordnung des Kaiser Leo (457—474), daß den *milites* verboten seyn solle, bei öffentlichen Grundpachtungen Bürgschaft zu übernehmen: *armis, non privatis negotiis occupentur, ut numeris et signis suis jugiter inhaerentes Rempublicam, a qua aluntur, ab omni bellorum necessitate defendant* (*l. 31. C. de locato 4, 65*): eine Verordnung, die nachher von Justinian auf den Geistlichenstand ausgedehnt wurde (*Nov. 123. c. 6*). Der Soldatenstand sollte förmlich abgelöst werden vom Bürgerstand, um ein um so willigeres Organ der Reichsmacht zu seyn; weder Ehe, noch bürgschaftliches Interesse, noch auch Grundbesitzerwerb in der Provinz, wo er stand (*fr. 13. D. de re milit. 49, 16*), durfte den Soldaten seiner Aufgabe, welcher er ungetheilt leben sollte, entfremden: es ist eben derselbe Plan, welcher dann in der Mitte des Römischen Clerus so energisch aufgenommen und durchgeführt ward.

Manche Spuren scheinen verwischt zu seyn, wie sich aus Einigem schließen läßt, denn es sind uns Andeutungen davon geblieben, daß hier und da von einzelnen Imperatoren Ansätze versucht worden sind, von welchen dann wieder Abstand genommen wurde. Ein solcher Fall ist der von Paulus berichtete, daß ein Augustisches Edict, welches den *filius militans* zu enterben verbot, dann wieder aufgehoben worden sei (*fr. 26. D. de liberis instit. 28, 2*).

§ **930**] C. Die besondere Bedeutung des Soldatenstandes machte sich in verschiedenen Theilen des Rechtslebens geltend, so im Criminalrecht (*fr. 2. 3. D. de re milit. 49, 16*). Vor Anderen eigneten sich die *milites* dazu, Organe für die *custodia reorum* (Privathaft Angeklagter) zu seyn, und obschon auch das *committere fidejussoribus paganis* vorkam (*fr. 1. 12. § 1. D. de custod. reor. 48, 3*), so waren doch die aufgestellten Vorschriften vorzugsweise darauf berechnet, daß die fragliche Person an Soldaten (immer an zwei zusammen) überwiesen wurde (*personam militi tradere*). Von publicistischer Bedeutung war die Regel: *his qui castris operam per militiam dant, nullum municipale munus injungi potest; ceteri autem privati, quamvis militum cognati sunt, legibus patriae suae et provinciae obedire debent* (*Ulp. fr. 3. § 1. D. de munerib. 50, 4*).

Dem Proceßrecht gehört an, daß unter denen, welche nicht zum gerichtlichen Erscheinen behufs Ablegung eines Zeugnisses genöthigt werden könnten, auch die *milites* mit aufgeführt wurden (*Scaev. fr. 8. D. de. testib. 22, 5*), sowie daß sie regelmäßig nicht als *procuratores* in fremder Sache bestellt werden durften (*Ulp. fr. 8. § 2. D. de procurator. 3, 3*).

Am wichtigsten und interessantesten sind die privatrechtlichen Stücke des *jus singulare militum;* sie treten in den einzelnen Theilen des Systems des Röm. Privatrechts auf, wo sie in den gangbaren Lehrbüchern immer nur beiläufig als Ausnahmen vom *tenor juris communis* angeführt werden. Unter den Sätzen von allgemeiner privatrechtlicher Tragweite sind namentlich folgende zu nennen: 1) Die *milites* gehören zu den in Betreff des Rechtsirrthums Begünstigten: *Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere; — miles autem per Constitutiones principales jus ignorare potest* (*Paul. fr. 9. pr. § 1. D. de juris ignor. 22, 6*), und als Grund wurde in einer dieser Constitutionen (von Gordian) angegeben: *arma enim magis, quam jura sciunt milites* (*l. 22. pr. C. de jure delib. 6, 30*). 2) Die *milites* sollen im Fall ihrer privatrechtlichen Verurtheilung das *beneficium competentiae* genießen: *miles qui sub armata militia stipendia meruit condemnatus, eatenus, qua facere potest, cogitur solvere* (*Ulp. fr. 6. pr. fr. 18. D. de re jud. 42, 1*). —

Im Uebrigen zerfällt das *jus militare* in zwei Hauptgruppen von Rechtsätzen, indem die einen den im Kriegsdienst befindlichen Römer überhaupt betreffen, d. h. ihn von gewissen allgemein geltenden Beschränkungen befreien, die anderen aber eine Ausnahme von den besonderen Schranken machen, welche sonst den *filiusfamilias Romanus* umgeben.

LXII. Kapitel.

II. Der paterfamilias miles.

§ **931**] A. *Commercium inter vivos.* Je freier und reger der Verkehr im Römischen Weltreiche sich gestaltet hatte, um so mehr waren auch die Schranken gefallen, welche rücksichtlich der Veräußerung von Sachen und Bestellung dinglicher Rechte, oder für die vertragsmäßige Begründung von Obligationen bestanden hatten. Soweit im *commercium inter vivos* überhaupt noch Solennitäten gefordert wurden, war die *verborum* oder *literarum proprietas* so beträchtlich abgeschwächt und vereinfacht, daß sie kaum noch als lästige Fessel im Verkehr gefühlt wurde.

Das Ehe- und Dotalrecht anlangend, so lag kein Anlaß vor, hier besondere Rechtsbefreiungen den Soldaten zuzugestehen, da dieselben vom Ehestand gerade fern gehalten werden sollten. Dem Vormundschaftsrecht angehörige Privilegien waren, daß für den un-

mündigen Sohn eines *miles* der *Centurio* eine Curatel anordnen konnte, ohne daß es eines Prätorischen Decrets dazu bedurfte (*Pap. fr. 40. D. de admin. tutor. 26, 7*), und daß ehrenvoll entlassenen *milites* eine Excusation gegen Vormundschaftsübertragungen zur Seite stand. Es ward in dieser Beziehung unterschieden: 1) solche *milites, qui* (*honeste*) *compleverunt militiae tempus*, hatten *continua remissio tutelarum*, insoweit es sich um *privati* handelte; dagegen nur ein Jahr lang seit der Entlassung, wenn es sich um die Vormundschaft über den Sohn (nicht auch Enkel) eines Commilito handelte: *coaequalitas enim honoris militiae fortior videtur militum privilegio* (*Mod. fr. 8. pr. D. de excus. 27, 1*); 2) solche, welche nicht zwanzig Jahre Dienst vollendet haben, sollten nur zeitweilige Befreiung (*tutelarum immunitatem ad tempus*) genießen, nämlich 1—4 Jahre lang, wenn sie über 5, 8, 12 oder 16 Jahre gedient haben (*fr. 8. § 2. 3. eod.*). Von besonderen Arten des Soldatendienstes galten besondere Bestimmungen (*fr. 8. § 4. 9. eod.*).

Auch die *patria potestas* konnte sich dem Einflusse des *jus militare* nicht entziehen, ja gerade hier zeigte sich dieser Einfluß so bedeutend, daß ihm eine ganze große Entwicklungsreihe merkwürdiger Rechtssätze entsprang. Von diesen ist besonders zu handeln, unter dem Gesichtspunkt des *filiusfamilias miles* (s. das folg. Kapitel).

§ **932**] B. *Commercium mortis causa.* Von je galt dem ächten Römer die freie letztwillige Disposition als die höchste Manifestation der privatrechtlichen Selbstherrlichkeit; was war natürlicher, als daß die Principes, welche ihre Soldaten für die Opfer militärischer Disciplin mit privatrechtlichen Vorrechten entschädigen wollten, die *ultima voluntas militis* von den Fesseln entbanden, welche im *jus paganorum* immerfort gehandhabt wurden! Hierzu kam, daß, wie schon die Erinnerung an das ehemalige *testamentum in procinctu** dies nahe legen konnte, eine besondere Testirfreiheit für den Soldaten im Dienst, wo oftmals die Lebensfrist nur noch nach Augenblicken gerechnet wird, geradezu ein praktisches Bedürfniß ist. Jener Gesichtspunkt führt auf sachliche, dieser auf formelle Privilegien. Von den letzteren soll zuerst gehandelt werden, denn wenn vom *testamentum militis* (Soldatentestament) schlechthin die Rede ist, wird immer zuerst und vorzugsweise an ein von Formalitäten eximirtes Testament gedacht.

1. Die formellen Privilegien,[1] entwickelt auf Grund jener Cäsarischen und bez. Trajanischen *concessio liberae testamentifactionis,*** werden von Gaius (*2, 109*) so zusammengefaßt: *Sed haec diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus Principum remissa est; nam quamvis neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque vendiderint familiam, neque nuncupaverint testamentum, recte nihilominus testantur.*

In den verschiedensten Wendungen wird in kaiserlichen Rescripten und von Juristen gesagt, daß der letzte Wille des Soldaten sich völlig

---

*) s. oben Cursus § 817. **) s. oben Cursus § 929.

frei bewegen könne, und irgend welche bestimmte Solennität kein Erforderniß sei. *Privilegium militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint* (*Trajan* bei *Florent. fr. 24. D. de testam. militis 29, 1*) — *Quamvis testamenti scriptura non continet juris observationem, jure constitit* (*Diocl. l. 14. C. de test. milit. 6, 21*) — *Voluntas militis testamentum est* (*Paul fr. 34. § 2. D. eod.*) — *Militis testamentum sola perficitur voluntate* (*Paul. fr. 35. D. eod.*).

§ **933**] Demgemäß a) kommt auf Nichtvollendung oder Unterbrechung nichts an: *Miles si testamentum imperfectum relinquat, scriptura, quae profertur, perfecti testamenti potestatem obtinet; quique plura per dies varios scribit, saepe facere testamentum videtur* (*fr. 35. eod.*); b) kann ein errichtetes Testament durch beliebige Willenserklärung aufgehoben werden: *quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur* (*Paul. fr. 34. § 2. eod.*); *sicut hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest* (*Ulp. fr. 15. § 1. eod.*); c) lebt auch ein aufgehobenes Testament durch *mutatio voluntatis* wieder auf: *si testamentum cancellaverit et mox valere voluerit, valebit ex suprema voluntate; nam si mutatae voluntatis eum poenituisse probabitur, renovatum testamentum intelligetur* (*l. c.*); d) ist Taubheit oder Stummheit kein Testirhinderniß (*Ulp. fr. 3. eod.*).

Diesem Absehen von jedweder Solennität steht auch nicht der Wortlaut des von Florentin (in *fr. 24. eod.*) mitgetheilten Trajanischen Rescripts entgegen, welches die *convocatio testium* nur als Symptom der Ernstlichkeit des Testirwillens, nicht als Solennitätsmoment versteht, und den bloßen beiläufigen Ausruf: *Ego Te heredem facio*, nur wegen zweifelhafter Ernstlichkeit für ungenügend erklärt (vergl. *fr. 40. pr. D. eod.*). Wo die Ernstlichkeit constatirt ist, genügt auch die leichteste Form, z. B. *juris rationibus licuit ac semper licebit, si quid in vagina, aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus annotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore, quo in praelio vitae sortem derelinquunt, hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet* (*Const. M. a. 334: l. 15. C. de test. mil. 6, 21*).

§ **934**] 2. Zu den sachlichen Privilegien gehören insonderheit folgende:

a) Der *miles* ist nicht durch die sonstigen Grenzen der *testamenti factio passiva* beschränkt, daher kann er Latinen, Peregrinen, Kinder- und Ehelose mit voller Wirksamkeit letztwillig bedenken (*Gai. 2, 110. 111*). Sev. Alexander bestätigt das ausdrücklich: *hereditas et legata omnibus, quibus relicta sunt, debentur; quia inter cetera, quae militibus concessa sunt, liberum arbitrium, quibus velint, relinquendi supremis judiciis suis concessum est*: *nisi lex specialiter eos prohibuerit* (a. 225: *l. 5. C. eod.*). Solche Ausnahmen bilden die *lex Aelia Sentia* (*fr. 29. § 1. D. eod.*) und die Bestimmung über die Incapacität von *mulieres turpes* (*fr. 41. § 1 eod.*).

b) Eine *damnatio ex militari delicto* stößt das Militärtestament nicht um (*fr. 11. pr. eod.; fr. 6. § 6. D. de inj. test. 28, 3*). Ebenso bleibt

ein Testament über *bona castrensia** unberührt von einer den *miles* treffenden *capitis diminutio minima* (Arrogation; *fr. 23. D. de test. mil. 29, 1*).

c) Das frühere Testament gilt neben und mit dem späteren, wenn dies des *miles* Wille ist: *militi licet plura testamenta facere, nec superius per inferius rumpetur* (*Ulp. fr. 19 pr. D. eod.*). Dieser Satz zeigt, daß eines *miles* Testament nicht nothwendig das Erbschaftsganze umfaßt, denn von zwei nebeneinander geltenden Testamenten kann jedes eben nur einen Bruchtheil betreffen; daher entspringt er derselben Idee, welche auch in dem anderen Satze zu Tage tritt: *miles pro parte testatus decedere potest, pro parte intestatus* (*Ulp. fr. 6. eod.* und *Paul. fr. 37. eod.*). Der gemeinsame Grundsatz ist: *miles ex parte heredem instituere potest* (*fr. 19. cit.*).

d) Wie aber neben einander, so kann der *miles* auch nach einander verschiedene Delationsgründe eintreten lassen, z. B. *si ita scripserit: „Titius usque ad annos X heres esto!“ nemine substituto intestati causa post X annos locum habebit* (*Tryph. fr. 41. pr. eod.*).

e) Der *miles* kann auf Zeit und unter Resolutivbedingung Jemanden einsetzen und ihm gültig von da an einen Anderen substituiren (*fr. 15. § 4. eod.*); ebenso auch dem eingesetzten Erben für den Fall seines Todes einen Substituten ernennen (*l. c.*); ferner seinem Sohn einen Pupillarsubstituten ernennen, auch ohne für sich selbst ein Testament zu machen (*fr. 15. § 5; fr. 41. § 5. D. eod.*).

f) Der letzte Wille eines *miles* ist weder der *lex Falcidia* (Quart) unterworfen, noch der Umstoßung wegen Präterition, noch der Rescission wegen Pflichttheilsverletzung ausgesetzt (*l. 9. 10. 12. C. eod.; fr. 17. § 2; fr. 33. § 2. D. eod.; fr. 12. pr.; fr. 74. § 4. D. de bonis libert. 38, 2; fr. 96. D. ad leg. Falc. 35, 2; l. 9. C. de inoff. test. 3, 28*).

§ **935**] C. Ein Satz, welcher zunächst auch nur als ein den letzten Willen betreffender erscheint, hat doch im Grunde eine größere Tragweite und wirkt gewissermaßen rückwärts in das Leben: der Satz, daß der *miles* über sein castrensisches und über sein privates Vermögen, wie über zwei getrennte Vermögenseinheiten besonders disponiren darf, so daß auch das (castrensische und das private) *aes alienum* sich danach vertheilt, die Erben der einen und der anderen Masse ganz getrennt sind (*fr. 17. § 1. D. eod.*), der Schuldner der einen Masse nicht mit einer ihm gegen den Erben der anderen Masse zustehenden Forderung compensiren (*fr. 16. pr. D. de comp. 16, 2*), und die eine Masse sich *ex testamento*, die andere *ab intestato* vererben kann (*Caracalla* a. 213 und 214: *l. 1. 2. C. eod.*).

Dies zeigt, daß beide Massen wie getrennte Erbportionen, ja wie getrennte Vermögen behandelt werden, und daß hier die Idee zu Grunde liegt, es seien in der Person eines *paterfamilias militans*, — obwohl *difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat* (*Paul fr. 9. pr. D. de pact.*

---

*) Vergl. unten Cursus § 935.

2, 14) — gewissermaßen zwei Persönlichkeiten oder Vermögenssphären vereinigt, eine Idee, welche von Julian so formulirt ist: *quasi duorum hominum duas hereditates intelligi* (*fr. 17. cit.*). Diese Scheidung ist nicht als eine bloß administrative Maßregel, wie im Fall einer *tutela regionibus divisa* (*fr. 51. D. de admin. tutor. 26, 7*), sondern *juris intellectu* zu verstehen.

§ 936] D. Da die Dienstzeit nicht die ganze Lebenszeit auszufüllen pflegt, so kommt unter Umständen die Zeit vor- und nachher mit in Frage.

1. Ein noch *in paganis* errichtetes Testament wird, wenn nicht gegentheilige Absicht des nunmehrigen *miles* erhellt, dann *jure militari* beurtheilt (*fr. 9. § 1; fr. 15. § 2; fr. 20. § 1. D. de test. mil. 29, 1*).

2. Der letzte Wille eines *miles* wird *intra annum post missionem* noch *jure militari* aufrecht erhalten (*fr. 21. 38. pr. eod.*). Stirbt der *miles intra annum*, so gilt die Erbeinsetzung, auch wenn sie bedingt ist, und die Bedingung erst später eintritt (*l. c.*). Wenn ein Soldat aus dem Dienst getreten und nach Jahresfrist wieder eingetreten ist, gilt das während der früheren Dienstzeit errichtete Testament *jure militari*, auch wenn ein dem entsprechender Wille des *miles* nicht erweislich wäre (*Paul. fr. 38. § 1. eod.*).

LXIII. Kapitel.

III. Der filiusfamilias miles.

(*peculium castrense*).

§ 937] A. Wir haben gesehen, wie die alten nationalen Rechtsinstitute der *manus* und des *mancipium* dem allmählichen Zersetzungsproceß unterlagen, welcher in der Kaiserzeit so mächtig um sich griff. Bei der Betrachtung dieses Proceßes wendet sich unser Blick unwillkürlich auch der *patria potestas* zu. Hat diese Grundsäule im Bau der Röm. Rechtswelt Stand gehalten? Auch die *patria potestas* hat ihren Tribut an die Zeit zahlen und eine Verkürzung durch das *jus militiae* erleiden müssen. Zwar kam es nicht so weit, daß ein *filiusfamilias, qui militare coeperit*, hiermit als emancipirt galt; trotz der *separatio oeconomiae*, welche hier gewissermaßen stattfand, wurde die *patria potestas* anerkannt, aber sie wurde vermögensrechtlich beschränkt.

Der Grundsatz nun, daß der *filiusfamilias miles in castrensibus* eine selbständige Person sei, wurde nicht sofort und schlechthin ausgesprochen, vielmehr zuerst (von Augustus) nur in einem einzelnen Punkte anerkannt. Allerdings war dies ein Hauptpunkt für Römische Anschauung: die Unabhängigkeit letztwilligen Disponirens. Jener Grundsatz, welcher die theilweise Selbständigkeit des *filiusfamilias miles* anerkannte, begann also ähnlich sich zu entwickeln, wie die *fictio legis Corneliae**, welche die Persönlichkeit des *civis ab hostibus captus* zu retten

*) Vergl. oben Cursus § 371. u. Excurse S. 365.

bestimmt war, beide Rechtsentwicklungen setzten in der *ultima voluntas* ein, um von da allmählich sich zu umfassenden Rechtsideen zu verallgemeinern: der *filiusfamilias miles* ist *loco patrisfamilias* — der *civis in captivitate mortuus* gilt als im Augenblick der Gefangennahme verstorben.

§ **938**] B. Das Militärprivilegium des *filiusfamilias*, wie es von Augustus ausgesprochen wurde, war ein beschränktes: es war ein zu Gunsten des *filiusfamilias militans* in Ansehung des Kriegserwerbs ertheiltes Testirprivileg (*Ulp. 20, 10*). Dasselbe erfuhr aber dann Erweiterungen: 1) Hadrian ertheilte es auch den *veterani*, d. h. den ehrenvoll Entlassenen (*pr. J. quib. non est permiss. test. fac. 2, 12*).

2) In der Praxis wurde zum castrensischen Gut bald nicht mehr bloß das im Lager und Krieg Errungene, sondern überhaupt Alles gerechnet, was aus Anlaß des Kriegsdienstes dem *filiusfamilias* zukam (*quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset: Macer fr. 11. D. eod.*), also a) was er mit Wissen und Willen des Vaters aus dessen Vermögen zur militärischen Ausstattung in den Dienst mitnahm und später dazu erhielt (*Tertull. fr. 4. pr. eod.*), b) was sonst dem *filiusfamilias* während des Kriegsdienstes geschenkt ward, z. B. von Verwandten (*fr. 11. cit.*), und c) was der *filiusfamilias* überhaupt *in militia* d. h. mit Rücksicht auf dieselbe oder im Zusammenhang mit ihr erwarb (*l. c.*), z. B. die Erbschaft eines Commilitonen (*fr. 5. 6. 8. eod.*).

3) Hadrian griff über das Gebiet des Testirens hinaus, indem er bestimmte, daß der *filiusfamilias miles* (einen *servus peculii castrensis*) auch manumittiren könne (*fr. 19. D. eod.*). Dem schlossen sich weitergehende Bestimmungen an: auch das Recht, Schenkungen zu machen (*inter vivos* und *mortis causa*) wurde anerkannt (*Ulp. fr. 7. § 6. D. de donat. 39, 5*); Tertullian bestätigte, daß der *filiusfamilias miles* in castrensischen Sachen auch selbständig und selbst gegen des Vaters Willen klagen könne (*fr. 4. § 1. D. de castr. pec. 49, 17*). Immer mehr ward also klar, daß das castrensische Gut ein *praecipiuum* bilde, welches eignes und freies Vermögen des *filiusfamilias* sei (*fr. 4. pr. cit.*): dies führte zur Ausbildung der in Billigkeit gegründeten Collationspflicht, womit viele Constitutionen sich beschäftigten (*fr. 1. § 15. D. de collat. 37, 6*), und zur Anerkennung der rechtlichen Consequenz, daß der *paterfamilias* dem Testiren seines *filiusfamilias miles* als Zeuge beizuwohnen fähig sei (*Marcell. fr. 20. § 2. D. qui test. fac. poss. 28, 1*).

§ **939**] Hiermit war die Linie fertig, welche nun als eine grundsätzliche Grenze der *patria potestas* erschien. Der *paterfamilias* stand fast wie ein *extraneus* dem Militärgut gegenüber, welches er daher dem Sohne weder an sich, noch auch durch Emancipation entziehen konnte (*fr. 12. D. de castr. pec. 49, 17; fr. 6. § 13. D. de injusto test. 28, 3*); das Militärgut galt als ein *quasi proprium patrimonium* des *filiusfamilias* (*Ulp. fr. 4. § 10. D. de minor. 4, 4*); dieser hatte also hier ganz die Stellung eines *paterfamilias: filiifamilias in castrensi peculio vice*

patrumfamiliarum funguntur (*Ulp. fr. 2. D. de Scto Maced. 14, 6* und *fr. 6. § 13. D. de inj. test. 28, 3*); Papinian konnte den Satz aussprechen: *filius duplex jus sustinet, patris et filiifamilias* (*fr. 15. § 2. D. de castr. pec. 49, 17*), und Justinian Alles so zusammenfassen: *Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium ejus esse id, quod in castris acquisierit, quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, pecula perinde in bonis parentum computantur, acsi servorum peculia in bonis dominorum numerantur* (*pr. J. quib. n. est perm. test. fac. 2, 12*).

Ueberdies war das Testament über castrensisches Gut mit den allgemeinen Militärprivilegien ausgestattet (*fr. 22. D. de test. mil. 29, 1*), und Diocletian rescribirte: *testamentum militis filiifamilias in castrensi peculio factum neque a patre neque a liberis ejus per inofficiosi querelam rescindi potest* (*l. 24. C. de inoff. test. 3, 28*).

§ **940**] C. Allein die letzte Consequenz in der Reihenfolge dieser Entwicklungsmomente zog erst Justinian, indem er das castrensische Gut unter die gewöhnlichen Regeln der Erbfolge stellte;[1] in der classischen Zeit entschloß man sich noch nicht zu diesem Schritt. Die Idee der *patria potestas* (*verecundia paterna: Pap. fr. 14. § 1. D. de castr. pec. 49, 17*) war noch lebendig und mächtig genug, um zu verhüten, daß das castrensische Gut völlig abgelöst werde aus der Gewaltsphäre des *paterfamilias*.

Es war nicht eine bloße Redensart, daß das castrensische Gut noch immer als *peculium castrense* bezeichnet wurde, sondern es lag darin der Gedanke ausgedrückt, daß die *patria potestas* in Betreff dieses Gutes nur suspendirt, nicht beseitigt sei. Demgemäß wurde von einem Sklaven, welcher zu diesem Gut gehörte, gesagt: *nullo jure, quamdiu filius vivit, patri subjectus est* (*Pap. fr. 15. § 3. eod.*), und von der Stipulation eines solchen Sklaven, welcher, während das castrensische Gut *hereditas jacens* und der Antritt der eingesetzten Erben zweifelhaft ist, contrahirte: *in suspenso fuisse stipulatio intelligitur* (*Papin. 14. § 1. eod.*)

Allerdings kann der *filiusfamilias* über sein castrensisches Gut nach Belieben und mit voller Wirksamkeit sowohl rechtsgeschäftlich unter Lebenden, als auch letztwillig verfügen, und wenn der eingesetzte Erbe antritt, so erwirbt er diesen castrensischen Nachlaß, wie eine andere *hereditas: dicebam, castrense peculium filiifamilias, si quidem testatus decessit, quasi hereditatem deferri heredi scripto, sive extraneum scripsit heredem, sive patrem* (*Ulp. fr. 9.* in *D. eod.*). Aber insoweit der *filiusfamilias* nicht verfügt hat, oder wenn die von ihm eingesetzten Erben nicht antreten, vereinigt sich das castrensische Gut beim Tode des *filiusfamilias*, bez. bei Entscheidung des Nichtantritts *ipso jure*

wieder mit dem Vermögen des Vaters, gleich als ob es nur factisch und einstweilen aus diesem ausgeschieden gewesen wäre, und es kommt, falls auch der Vater vor jenem Entscheidungsmomente sterben sollte, an dessen Erben mit dem übrigen Nachlaß verbunden.[2] Dies soll in dem Satze ausgedrückt werden: *jure pristino apud patrem peculium remanet* (*Pap. fr. 14. § 1. eod.*), oder: *non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur* (*Ulp. fr. 9. cit.*). Ulpian stellt mit Rücksicht hierauf *hereditas* und *peculium* gegenüber: *si filiusfamilias miles decesserit, siquidem intestatus, bona ejus non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur; si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium* (*fr. 2. eod.*), und Tryphonin* vergleicht das Spannungsverhältniß treffend mit dem *jus postliminii: quoad utitur jure concesso filius in castrensi peculio, eousque jus patris cessavit; quodsi intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo* [*pristino*] *jure habet peculium, retroque videtur habuisse rerum dominia* (*fr. 19. § 3. eod.*).

§ **941**] Es ist ein Unterschied, ob das Princip der *hereditas* oder des *peculium* zur Anwendung kommt. Ein Beispiel davon ist, daß nach dem letzteren Princip der Vater Etwas aus dem Militärgut des Sohnes (eventuell gültig) einem Dritten legiren kann: *servum filii sui, castrensis peculii, legare pater potest; et si vivo patre mortuus sit filius, et apud patrem peculium remansit, constitit legatum. Cum enim filius jure suo non utitur, retro creditur pater dominium in servo peculiari habuisse* (*Ulp. fr. 44. pr. D. de legat. I*). Fiele das Peculium *jure hereditatis* dem Vater an, so wäre besagtes Legat in Gemäßheit der *regula Catoniana* ungültig; *si ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet;*** da aber durch die Qualität des *peculium castrense* das volle Recht des Vaters nur suspendirt, nicht nullificirt ist und mit rückwirkender Kraft nach Art einer schwebenden und nun erfüllten Bedingung wieder erwacht, so gelangt das Legat in der That zur Wirksamkeit, falls der *filiusfamilias* von seinem Verfügungsrecht betreffs seines Vermögens keinen Gebrauch gemacht hat (vergl. *fr. 41. § 2. eod.*). Unter diesem Gesichtspunkt des *jus peculii* erklärt sich ferner, daß im Fall der Ermordung des Vaters das gegen die Sklaven des Ermordeten strenge Maßregeln anordnende *Sctum Silanianum* auch auf Sklaven, welche zu dem *castrense peculium* des *filiusfamilias* gehören, Anwendung leiden soll (*fr. 1. § 14. D. de Scto Silan. 29, 5*).

In solcher Weise wurde die Idee, daß das *peculium castrense* schlummerndes und möglicherweise erwachendes Vaterrecht sei, durchgeführt, und der Widerspruch überwunden, welcher in dem Satze: *filiusfamilias miles duplex jus sustinet,* zu liegen schien. Man kann sagen: das *peculium castrense* trug ein Doppelangesicht; mit dem einen blickte es zurück nach dem Handelspeculium der Sklaven,†

*) s. Excurse S. 312. **) s. oben Cursus § 844. †) s. Excurse S. 307. 309.

welchem der *dominus* auch schon *velut extraneus* gegenüber stand, und mit dem anderen blickte es hinaus in die Zukunft auf das System der freien Güter der Hauskinder, in welchem sich deren ökonomische Emancipation allmählich vollendete.

Literatur: 1) Dietzel in Bekker's Jahrb. des gem. deutsch. R. II (1858) S. 45—47. Köppen System des heut. Röm. Erbrechts I. S. 16—20. — 2) Ad. Schmidt d. Persönlichkeit d. Sklaven nach Röm. Recht. I. Abth. (Programm, Freib. 1868) S. 50—54.

Dritter Theil.

Die Geschichte

des Römischen Rechts- und Staatswesens

nach der Zeit der classischen Jurisprudenz.

Das nachclassische Recht der Römer

oder

von Diocletian bis Justinian.

I. Kapitel.

I. Länder und Völker des Orbis Romanus.

§ **942**] A. Die drei Kaisernamen: Aurelian, Diocletian und Constantin führen uns in eine neue Epoche über,[1] in welcher wir es nicht mehr mit dem lebendigen Wachsthum des Römerrechts und mit classischer Jurisprudenz im wahren Sinn, sondern mit orientalischen Trieben und mit Gestalten der experimentirenden Reflexion zu thun haben. Eine gewaltige Kluft liegt zwischen Severus Alexander, dem Kaiser des Ulpian, Paulus und Modestin, und Diocletian, welcher den Anfang mit der Theilung des Reichs macht. Von Constantinus Magnus an ruht das Auge der rechtsgeschichtlichen Betrachtung nicht mehr vorwiegend auf dem alten Rom, der *Urbs aeterna*, sondern auf Constantinopel, dem zweiten Rom. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, erscheint die nachclassische Rechtsgeschichte als eine Reception des Römischen Rechts in der Osthälfte des *Orbis Romanus*.

In diesem Receptions- und Umbildungsproceß erkennen wir zuerst, wie der hellenistische Orientalismus entnervend auf den Rechtsorganismus wirkt und ihm seine straffe Oekonomie raubt, sodann wie das allerwärts eindringende und bald auch den Thron berührende Barbarenthum an den Resten nationalen Wesens im Rechte nagt, endlich wie unter der immer dichter werdenden Decke des militärischen und büraukratischen Schematismus die Grundquellen des naiven schöpferischen Volksthums versiegen. Zwar kündigen sich hier und da — keltische, germanische? — Triebe neuer Rechtsbildungen an, allein sie gestalten sich nicht zum System gegenüber der Obmacht Römischer Tradition, und selbst die jugendliche Kraft des Christenthums gewinnt nur die einzelnen Seelen, ohne eine wirkliche Verjüngung des Reichs und eine innere Christianisirung des antiken Rechts herbeizuführen. Der Verfall ist eine allgemeine und unabänderliche Thatsache, es kann sich nur noch um Hemmungen derselben handeln.

Die interessanteste dieser Hemmungen ist die Regierung und Codification Justininian's.

§ **943**] Mit der Erhebung von Constantinopel durch Constantin d. Gr. (324—337) ist für die Zukunft entschieden, daß der *Orbis Romanus* sich in zwei Hemisphären, den Orient und Occident, theilen solle; aus der Theilung wird ein Zerfallen, als nach Theodosius' I. Tode Honorius den abendländischen, Arcadius den morgenländischen Thron besteigt (i. J. 395). Immer sichtlicher trennt sich von da an das ethnische und politische Schicksal beider Reichshälften.

Rascher bricht die Westhälfte zusammen unter dem hier besonders nachhaltigen Andrängen germanischer Völkerschaften; aber da hier keine der Römischen ebenbürtige Cultur in den Kampf tritt, so erhalten sich Römisches Wesen und Römisches Recht verhältnißmäßig unverfälscht. Die Fortentwicklung scheint augenblicklich unterbrochen, allein mit Ehrfurcht werden die juristischen Traditionen mitten im Trümmerwerk der untergehenden Römerwelt zu bewahren gesucht; die gothischen und burgundischen Heerführer sorgen selbst für Zusammenstellung Römischer Rechtsbücher (*leges Romanae barbarorum*), welche noch großentheils die Zeit der classischen Jurisprudenz wiederspiegeln.

Während aber diese Westhälfte, von germanischen Völkern überflutet, mehr und mehr auseinanderfällt in Spanien und Gallien das große Westgothische Reich (419), in Afrika das Vandalenreich (439) gestiftet, Britannien den Picten und Scoten überlassen wird (426), und dann in Gallien wieder das Frankenreich sich zu erheben beginnt (Chlodwig I. 481—511): erwehrt sich die Byzantinische Reichsseite mit ziemlichem Glück der Barbaren und erinnert sich immer von Neuem seiner Mutterstadt Rom. Aber indem Kaiser, wie Theodosius II. (408—450) und Justinian I. (527—565), an der classischen Jurisprudenz, den Römischen Traditionen und den frühern Kaiserconstitutionen anknüpfen und mit verdienstlichem Eifer die Rechtsbildung neu zu beleben suchen, lenken sie zugleich, unter dem Einflusse byzantinischer Culturmächte, in eine Bahn der Rechtsumbildung ein, welche endlich die Römische Mutter schier verleugnet, in anderer Sprache redet und nichts mehr von classischem Styl verräth.

Justinian, wie er in seiner Codification den historischen Faden wieder aufnahm, so wollte er auch das alte Band des *Orbis Romanus* wieder knüpfen. Er stürzt das Vandalenreich in Africa und das Ostgothenreich in Italien, und Ravenna wird die Hauptstadt des byzantinischen Exarchats, aber dieses Exarchat dauert nur in verkümmerter Weise; mehrere Jahrhunderte ist von Römischen Kaisern nur in Constantinopel die Rede, und diese Kaiser sind barbarischer Abkunft.

§ **944**] Die Bewohnerschaft der großen Reichshälften, aus durcheinander gemengten überbildeteten und halbgesitteten Völkern bestehend, vermag weder in Kunst und Wissenschaft, noch im Rechts- und Staatswesen neue Ideen zu Tage zu fördern; jene entarten zu barbarischen Formen, diese erstarren im Formenwesen, insoweit nicht die

Kraft des Christenthums befruchtend und verklärend einwirkt. Unter dessen Einwirkungen sehen wir einen neuen Stand, den der Geistlichen (*clerici*) entstehen; auch für die Entwicklung des Rechts ist diese Standesbildung nicht unwichtig. Außerdem befestigen sich die Schranken immer mehr, welche bereits seit Augustus zwischen den *milites* und den *privati s. pagani* aufgerichtet worden; manche Aehnlichkeitspunkte zwischen den Streitern der Kirche und den Kriegern des Weltreichs lagen für die Anschauung jener Zeit zu nahe, als daß nicht parallele Rechtssätze für beide Stände hätten erzeugt werden müssen. Die wirklichen Ansätze zu neuen Rechtsideen, welche überhaupt in dieser armen Zeit wahrnehmbar sind, rühren großentheils aus Impulsen jener zwei Stände.

Neben diesen sind noch zwei Standesbildungen eigner Art zu erwähnen: Die Hofbeamten und die Colonen. Je mehr das Staatswesen sich zum absolutistischen Monarchismus umgestaltete und die Maschinerie in den Bureaux des Kaisers centralisirt wurde: gewöhnten sich alle Aemter und Würden, nach der Rangordnung des Hofwesens gemessen zu werden. So trat an die Stelle lebendiger Gesellschaftsgliederung ein starrer Schematismus von Staatswürdengraden. Die willkürlich erschaffene und oft launenhaft umgewandelte Formenwelt des Staatslebens war hohl, und sie erregte weder Liebe, noch fand sie Treue. Eine erfreulichere Erscheinung ist das Colonat. Wir sehen in ihm einen ersten socialen Schritt zur Aufhebung der Sklaverei: der *colonus* oder *glebae adscriptus* war, so kann man sagen, ein an die Scholle gebundener, aber gerade dadurch seinem Herrn gegenüber frei gewordener Landmann. Wie der Soldatenstand ein Fingerzeig ist auf das Ritterthum —, so das Colonat auf die Leibeigenschaft und Hörigkeit des Mittelalters.

§ **945**] Der Zauber, welcher Rom's Namen umgab, begann zu weichen vor dem Glück der Barbaren; beide Reichshälften verharrten lediglich in der Defensive, an Eroberung und Ausdehnung dachten auch die östlichen Kaiser nicht mehr, abgesehen von Justinian's rückwärtsgreifenden und viefach erfolglosen Bestrebungen. Nicht von Peregrinen, sondern von Barbaren ist fortan im Gegensatz der Reichsbürger die Rede; *alienigeni barbari* heißen die Ausländer (*l. 2. C. quae res exportari 4, 41*), und was nicht zum *Romanum solum* gehört, wird schlechthin *barbarum solum* (*l. 2. C. de eunuch 4, 42*) oder *Barbaricum* (*l. 1. C. quae res export. 4, 41*) genannt; alle *incolae imperii*, aus dem Gemisch der italischen, hellenistischen und untergeordneten Nationalitäten hervorgegangen, ließen sich unter der Generalbezeichnung: *Romanae gentis homines* zusammenfassen (*l. 2. C. de eun. 4, 42*).[2]

Die Angst des Reichs vor den Barbaren wuchs mit deren Glück; schon Aurelian, der „*Restitutor Orbis*“, hatte Dacien jenseits der Donau wieder aufgegeben und für Rom die Schutzwehr einer neuen großen Mauer nothwendig gehalten (270—275); der illyrische Ostkaiser Marcian (450—457) erklärte den Waffenvertrieb nach den barbarischen Na-

tionen für ein Capitalverbrechen, weil dadurch dieselben stärker gemacht würden und Gefahr für das Reich erwachse (*l. 2. C. quae res exp. 4, 41*).

§ 946] Diesem allgemeinen Belagerungszustand der Grenzen entsprach das Bild im Innern nur allzusehr. „Eine der abschreckendsten Erscheinungen ist die Gebundenheit, in welche der Despotismus in der späteren Kaiserzeit alle dem Staat verpflichteten Stände und Genossenschaften versetzte, und das merkwürdige Kastenwesen, welches daraus hervorging.“ Die Veteranenkinder waren militärpflichtig, die zahlreiche Classe der militärisch organisirten Unterbeamten der kaiserlichen Civilstatthalter (*officiales*), sowie der städtischen Unterbeamten (*officia municipalia*) war zu erblichem Dienst verpflichtet. „Die Curien waren gleichfalls zu einer traurigen erblichen Aristokratie, oder richtiger, Leibeigenschaft des Staates in den Städten geworden. Weil aber die Curialen mehr dem Staate, als den Städten selbst nützten, so bedurften die letzteren zur Besorgung ihrer Bedürfnisse noch anderer erblicher Corporationen.“ In dem *Codex Theodosianus* (438) werden deren Mitglieder theils allgemein als *corporati* und *collegiati*, theils mit eigenthümlichen Namen bezeichnet. Diese Gewerken waren verschieden von eigentlichen Handwerkerzünften, „nicht der gemeinsame Betrieb zu eignem Vortheil vereinigte sie, sondern der Dienst für die Stadt; nicht die Ehre der Genossenschaft hielt sie zusammen, sondern erbliche Verpflichtung.“ Und auf ähnliche Weise, wie die städtischen Plebejer in Corporationen und Collegien, waren auch die Arbeiter in den kaiserlichen Anstalten, Fabriken und Bergwerken, sowie die auf dem Lande angesessenen Colonen durch erblichen Dienstzwang gebunden. „Derselbe gewährte wenigstens Schutz und sichere Versorgung und wurde deshalb immerhin einer elenden Freiheit vorgezogen.“[3]

Alles das waren Formen der Erstarrung. Römische That- und Schöpferkraft bestand nur noch in der Erinnerung; das Römische Recht mußte jetzt erlernt werden, um in Uebung zu bleiben. Der Hellenismus hatte den Römischen Geist überwunden, um nun selbst im Byzantinismus unterzugehen. — Auf den Untergang der *Domus Heraclii* und den Verlust des Exarchats folgt eine neue Zeit, welche nichts mehr mit dem antiken Rom zu thun hat.

Literatur: 1) Vergl. J. Burckhardt d. Zeit Constantin's d. Gr. (Basel 1853). Heinr. Richter d. weström. Reich, besonders unter den Kaisern Gratian, Valentinian II. u. Maximus (Berl. 1865). Th. Bernhardt Politische Geschichte des Römischen Reichs von Valerian bis zu Diocletian's Tode, 1. Abthlg. (Berl. 1867). Preuß Kaiser Diocletian und seine Zeit (Leipz. 1869). — 2) Mor. Voigt das *jus naturale* und *gentium* der Römer II. S. 898 ff. — 3) Hegel Geschichte der Städteverfassung von Italien I. S. 79—84. v. Bethmann-Hollweg der Römische Civilproceß III. (Bonn 1866) S. 21

II. Kapitel.

II. Die Reichsverfassung.

§ **947**] I. In demselben Maße, als das Leben aus den untergeordneten Kreisen und Schichten entwich, mußte es kräftig im Reichshaupt centralisirt werden. Als fester Plan trat diese Wendung der politischen Dinge zuerst im Kopfe Diocletian's auf. Gibbon hat diesen mit Augustus verglichen: in der That kann er als der Gründer eines neuen Kaiserthums angesehen werden. Er war es, der zuerst die republicanischen Formen durchaus beseitigte; eine orientalische Hofordnung nach persischem Vorbild trat an die Stelle.

Diocletian theilte die Regierung mit einem anderen Augustus und zog noch zwei Caesaren, zur Anführung der Heere, hinzu. Zugleich strebte er eine ganz neue administrative Reichsgliederung an: das Neue darin ist die Aufstellung einer Anzahl Oberregierungsbezirke (Diöcesen). In dem ältesten auf uns gelangten und wahrscheinlich dem um d. J. 297 aufgesetzten Urschema entnommenen Verzeichniß[1] sind zwar die beiden Reichshälften nicht äußerlich geschieden, wie in der späteren *Notitia Dignitatum,* aber es gehen doch die fünf orientalischen Diöcesen zusammen den sieben occidentalischen voran, und zwar zeigt sich dabei der Unterschied, daß die Provinzen in den Diöcesen der ersteren Gruppe geographisch, in den anderen aber nach dem Range der Statthalter geordnet sind.

§ **948**] II. Constantin d. Gr.[2] vereinigte wieder die Fülle des Kaiserthums in seiner Person, und theilte demgemäß, um die Regierungsgewalt in allen Theilen des Reichs zugleich gegenwärtig zu erhalten, dasselbe (a. 330.) in 4 große Statthaltereien (*Praefecturae:* Orient, Illyrien, Italien mit Afrika, Gallien mit Westeuropa), welche wieder in (14) Ober- (*Dioeceses*) und (116) Unterbezirke (*Provinciae*) und bezieh. zuletzt in die städtischen Territorien zerfielen. In Gemäßheit einer streng durchgeführten Trennung der Civilverwaltung von der Militärgewalt hatten die den drei Statthaltereistufen vorgesetzten *Praefecti praetorio, Vicarii* und *Rectores* oder *Judices* (diese nach Rang verschieden: *Praesides, Correctores* und *Consulares*) nichts mit dem Militärregiment zu thun, welches vielmehr den *Magistri militum* (Marschällen) und *Duces* oder *Comites* (Generälen) zugetheilt war.

Rom und Italien erhielten eine etwas abweichende Organisation; wie Rom, so ward auch Constantinopel unter einen eignen *Praefectus Urbi* gestellt, welcher den *praefecti praet.* an Rang gleich stand: *l. 16. C. Th. de praetor.* (6,4). *Nobilissimi, patricii, illustres, spectabiles, clarissimi, perfectissimi* (und *egregii*) und endlich *equites* waren die theils erblichen, theils auf persönlicher Kaiserverleihung beruhenden Rangklassen der graduirten Römer im Staat. Der Staat war ein Hofstaat, das Staatsleben eine „*Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*" geworden. An der Spitze des kaiserlichen Hofstaats stand der *praepositus*

sacri cubiculi, an der Spitze der Leibwache ein Paar *comites domesticorum*. Das besonders aus Latifundien bestehende Privatvermögen des Kaisers (*patrimonium principis*) war getrennt vom Fiscus und ward vom *comes rei privatae* verwaltet. „Auf den Städten (*civitates*), als den untersten Gliedern dieses (Centralisations-) Systems, ruhte die ganze Last des ungeheuren Staatsgebäudes. Sie mußten den Hof, das Heer, die Beamten und sich selbst erhalten."[3] Ein drückendes Steuersystem lag auf Italien, wie auf den Provinzen (Kopf- und Grundsteuer).[4] Gegen die Habsucht der Großen und der Beamtenschaaren konnten sich die Städte allerdings auf (zum Theil periodischen) Provinziallandtagen zu Beschwerdeführungen vereinigen, allein trotzdem war die Einführung eines besonders organisirten Schutzes in den *defensores civitatum*, welche in der neueren Bedeutung eines Patronats der *plebs* a. 364 durch *Valentinian* und *Valens* angeordnet wurden und nun die erste Stelle unter den Stadtbeamten einnahmen (mit 5-, später 2jähr. Amtszeit), nicht überflüssig.

§ 949] III. Schon Modestin (*fr. 1. pr. D. de lege Julia ambitus 48, 14*) hatte gesagt: „*Haec lex in Urbe hodie cessat, quia ad curam principis magistratuum creatio pertinet, non ad populi favorem*"; das Beamtenthum, mit Ausnahme des städtischen, gehörte zur kaiserlichen Machtvollkommenheit. Der Senat in Rom und in Constantinopel behielt im Wesentlichen nur noch örtliche Functionen, doch schrieb Theodos. II. (*l. 8. C. de leg. 1, 14*) vor, daß ihm die neuen Gesetze auch fortan zur Begutachtung vorgelegt werden sollten; die *senatoria dignitas* war eine Art Erbadel geworden (neben Consulat und Patriciat). Die Stelle eines Reichsraths nahm das *Consistorium principis* ein, welchem die Reichsminister (*magister Officiorum, quaestor sacri palatii* und *comes sacrarum largitionum*, d. h. Minister des Innern, der Justiz und Finanzen), der *magister militum* und speciell ernannte Räthe (*comites consistoriani*) angehörten. — Diese Einrichtungen blieben im Wesentlichen auch bei der Theilung des Reichs (395) und bis auf Justinian, nur mit wechselndem Zahlenverhältniß.

§ 950] IV. Ein Consul soll zu Rom der andere zu Constantinopel sein; die *Coss. suffecti* hören auf, die Zahl der *honorarii* mehrt sich, die Competenz der *ordinarii* aber ist auf einige Acte der freiwill. Gerichtsbarkeit eingeschränkt, und selbst den Vorsitz in den Senaten verlieren sie an die *praefecti urbi*. Der letzte Consul war Basilius a. 541., seitdem werden die Jahre „*post consulatum Basilii*" gezählt. Justin. II. führte a. 566. selbst das Consulat und zählte darnach seine Regierungsjahre; diese Sitte blieb. Die Prätoren, deren auch neue (z. B. *praetor Constantinianus*) aufkamen, hatten nur freiwill. Gerichtsbarkeit nebst den Restitutions- und Freiheitsprocessen (*l. 1. C. de off. praet. 1, 39*).

Literatur: 1) **Mommsen** i. d. Abhandl. der Berl. Academie 1860. S. 349 ff. 1862. S. 498 ff. — 2) **Manso** Leben Constantin's d. Gr. S. 124 ff. v. **Bethmann Hollweg** Gerichtsverfassung des sink. Röm. Reichs I. S. 55—129 u. Ders. d. Röm. Civilproceß III (1866) S. 9 ff. — 3) **Hegel** Geschichte d. Städteverfassung v. Italien

I. S. 64—74. 88—98. Puchta Cursus d. Institut. I. § 120—128. — 4) Bachofen i. Schweizer. Museum II. 6. 7. Heft (Bern, 1862) S. 169—183.

III. Kapitel.

III. Factoren und Quellen des Rechts.

§ **951**] I. Neue Factoren tauchen in dieser Epoche nicht auf; das Karakteristische derselben ist, daß ein Factor, welcher bisher neben andern gewirkt, hinfüro ausschließlich die Fortbildung des Rechts besorgt: der imperatorische Staatswille hat sich des legislatorischen Monopols versichert und spielt zugleich durch die Rescripte und Episteln die Rolle der alten respondirenden *juris conditores.*

Bei der Ausübung ihrer Legislative nun hielten sich die Kaiser nicht an den geschlossenen Gang der alten Rechtsbildung mehr gebunden; bald schlug der ehemalige *rigor et robur juris* in das andere Extrem der *pinguis utilitas* und äußerlichen Nützlichkeit (*expediency!*) um, das „*Extra ordinem princeps subvenit*" (*fr. 1. § 1. D. de insp. ventre, 25, 4; l. 1. C. vectigal. 4, 62; l. 4. C. de aedif. priv. 8, 10.*) ward immer häufiger proclamirt. In dieses Aggregat von Ausnahmen war zuerst ein gewisser Plan in Betreff des Soldatenthums gekommen, von wo aus das *jus extraordinarium* der neukaiserlichen Gesetzgebung sich zu einer Art System ausbildete; es stellte sich neben die alte Rechtsordnung, wie die *extraordinaria cognitio* neben den *ordo judiciorum*, trat auch formell als selbständiger Rechtstheil im Rechtsunterricht neben *jus civile* und *honorarium* (*Const. Omnem reipubl. § 1. 4.*) und in den Codificationen bestimmt hervor und ging mit Beginn der christlichen Zeit in die Gestalt der s. g. *leges novae* (*Isidor. 5, 1*), *novellae* oder des *jus principale* über. Diesem stand nun das *jus vetus, placita vetustatis* (*l. 4. C. cit. 8, 10.*) oder schlechthin *antiquitas, vetustas* genannt, als ein geschloßnes Ganzes gegenüber, in welches selbst ein guter Theil des älteren *extraordinarium jus* (wie das Recht der Fideicommisse) eingerechnet ward. Man bezeichnete beide Theile der gesammten Rechtsmasse auch schlechthin als *jus et leges.*[1] Das Hauptstück der modernen *leges* bildete das Recht des Militärstandes und später auch des Clerus; „es ist bezeichnend, daß das christliche Kirchenrecht noch im Theodos. Codex am Ende, im zweiten Justin. Codex an der Spitze der Sammlung steht."[2]

§ **952**] II. Die durch Gewohnheit und kaiserliche Anerkennung (z. B. *l. 12. C. de legat. 6, 37*) festgestellte Geltung des wissenschaftlichen Rechts der vorigen Periode (*jus commenticium, receptum*) suchte Constantin und 100 Jahre nachher wieder Theodosius II. zu regeln, jener durch das Cassirgesetz v. J. 321., welches die Gesetzeskraft der Noten des Marcian, Paulus und Ulpian zu Papinian, um dessen Verdunkelung zu verhüten, aufhob (*l. 1. 2. C. Th. de resp. prud. 1, 4*), Theodosius durch das (in das richterliche Ermessen) noch tiefer eingreifende Citirgesetz v. J. 426., welches die unbedingte Geltung aller Schriften

des Papinian, Paulus, Ulpian und Modestin, sowie des Gaius, bei Differenzen derselben die Geltung der Mehrheit und bei Stimmengleichheit den Vorrang des Papinian, vor allen aber die Rechtskraft der (kein *jus controversum* enthaltenden) Sentenzen des Paulus aussprach und die Citirbarkeit der älteren Autoren an die Bedingung, daß sie durch Anführung bei einem der 5 Koryphäen (gleichsam) beglaubigt wären, knüpfte (*l. 3* od. *un. C. Th. eod. 1, 4.*). Daneben ward gegen den einreißenden Mißbrauch von Arcadius und Theodosius (398. 425.) eingeschärft, daß persönlich gemeinte Kaisererlasse nicht als *generales leges* benutzt werden sollten („*ne retractarentur*"): *l. 11 C. Th. de rescr.* (*1, 2*), *l. 2. 3. C. I. de leg.* (*1, 14*).

Seit der Theilung des Reichs wurden die Gesetze häufig noch gemeinschaftlich (*Arcadius et Honorius, Theodos. II. et Valentinian III.* u. s. w.) erlassen oder nachträglich im andren Reiche publicirt. Die an Provinzen, Städte oder Corporationen erlassenen Verordnungen solenner Form hießen *pragmaticae sanctiones*. Die *Formae Praefectorum* (*eparchica*) welche zu dem Novellenrecht im weiteren Sinn mit gerechnet wurden, enthielten hauptsächlich formelle und locale Anwendungen allgemeiner Reichsgesetze.

§ 953] III. Deutliche Anzeichen eines theoretischen Rechtsunterrichts im engern Sinn finden sich bei *Ulpian* und *Modestin*, welche Rechtslehrer in Rom und den Provinzen erwähnen[3] (*stationes Romae* bei *Gell. XIII., 10. 13.*); eine Ausbildung des Unterrichtsystems erfolgte aber erst auf den öffentlichen Lehranstalten oder Rechtsschulen zu Berytus[4] in Phönizien (seit d. 3. Jahrh.?), zu Rom und Constantinopel (seit Theodos. II.), wo *Professores* oder *Antecessores* angestellt waren und ein fester Studienplan (*quinquennium*) befolgt ward. Auch Athen, Cäsarea und Alexandrien hatten ihre Rechtsschulen.[5] Von wissenschaftlicher Productivität kann jedoch kaum noch die Rede seyn; drei Juristen der Constantinischen Zeit werden genannt: *Hermogenianus, Charisius* und *Innocentius*, von denen die ersteren zwei noch in den Digesten benutzt sind, der letzte das *jus respondendi* gehabt hat.[6] Man pflegte sich auf Excerpiren der früheren Werke und sammelnde Auswahl kaiserlicher Gesetze zu beschränken (*Fragm. Vaticana, Collatio legum, Consultatio de pactis, Hygini libellus constitutionum.*

Eine allgemeine (im Justinianischen Codex verarbeitete und sonst nur aus einem dürftigen Auszug in der *lex Rom. Visigoth.* bekannte) Sammlung von Constitutionen aus der Zeit von Hadrian (?) bis Diocletian in mindestens 14 Büchern ward von Gregorianus im Anfang des 4. Jahrh. (?) ausgeführt: s. g. Codex Gregorianus, zu welchem ein späterer Sammler, Hermogenianus, am Ende des 4. Jahrh. (?) eine Nachlese (?) von hauptsächlich Diocletianischen Constitutionen, in Titel geordnet, lieferte: s. g. Codex Hermogenianus.[7]

Die erste Codification des christlich-röm. Rechts war überhaupt die erste officielle Constitutionensammlung: der von *Theodos. II.* und *Valentinian III.* a. 438 publizirte Codex (Theodosianus), von einer

auf 16 Mitglieder gebrachten Commission unter dem *praef. praet. Antiochus* chronologisch und nach Materien (16 Bücher) geordnet. Diese Sammlung, nach welcher Theodos. a. 447. noch eine Anzahl neuer Novellen (s. g. *Novellae Theodosii*) an Valent. III. zur Publication übersandte, ist die letzte Gesammtthat des *Orbis Romanus*. Beides ward später in den Justin. Codex eingearbeitet und erscheint auch epitomirt in der *lex Rom. Visigoth.* Von Theodosischen und posttheodosischen Novellen, namentlich abendländischer Kaiser bis Anthemius, unter 6 Abtheil. in Titelrubriken, hat sich in den Handschriften des Westgoth. Auszugs eine Sammlung erhalten.

§ 951] IV. Occident. Nachdem das Westreich unter die Herrschaft germanischer Könige gekommen war, bemühten sich einzelne derselben, das Nationalrecht der römischen Provinzialen, welches, ohne Rechtsschulen und Gesetzgebung, die Organe seiner Fortbildung einbüßte, in einer zeitgemäßen Auswahl aus dem *jus* und den *leges* zu ordnen. Wir kennen ff.: 1) die *lex Romana Visigothorum* (auch *liber legum s. juridicus*, von den Neueren *Breviarium Alaricianum* oder *Aniani* genannt) mit dem Originaltitel: *Leges sive species juris de Theodosiano et diversis libris electae*, auf Anordnung Alarich's II, zu Aduris (in der Gascogne) unter Gojarich's Vorsitz a. 506. ausgearbeitet und unter Anian's Mitwirkung publicirt. Es war gebildet aus Theilen und bezieh. Auszügen der drei älteren *Codices* (898 Constitutionen aus dem Cod. Theodos.), der Theodos. und einiger posttheodos. Novellen, ferner der (in 2 Bücher zusammengezogenen) Institutionen des Gaius, der Sentenzen des Paulus und einer Stelle aus Papinian's Responsen. Diese *lex Romana* ward (mit Ausnahme des Theils aus Gaius) mit einer Erläuterung (*interpretatio*) versehen, erhielt großes Ansehen und fand in vielfachen Auszügen, (deren einer die s. g. *lex Romana Utinensis* ist) in Westeuropa weite Verbreitung.

2) Das *Edictum Theodorici Regis*, des unter oström. Oberhoheit regierenden ostgothischen Königs, von diesem als Regulativ für die Richterbehörden a. 500 zu Rom aufgestellt; es war entnommen aus dem Cod. Gregor. und Theodos., den Theodos. Novellen und Sentenzen des Paulus und besteht in 154 Capiteln mit Pro- und Epilog.

3) *lex Romana Burgundionum* (auch *lex Gundobada* genannt und seit Cujacius zufolge eines Irrthums auch als *Papiani liber primus responsorum*, kurz *Papianus*, bezeichnet, weil man die Schlußstelle des Breviars für den Titel dieses in der Handschrift unmittelbar darauffolgenden Rechtsbuches hielt), vom Burgundenkönig Gundobald entworfen (472.) und unter Sigismund neu redigirt (517.); aus den 3 Codices, den Theodos. Novellen, sowie Gaius und Paulus (und dem Breviar?) entnommen, und mit einer Instruction (*forma et expositio*) in 47 Titeln versehen. Die Gundobada galt bis ins 9. Jahrh.[8]

Von occidentalischen Privatarbeiten sind nur wenige Spuren erhalten. 21 kirchenrechtliche Constitutionen, größtentheils aus einer in Gallien zwischen 581. und 720 veranstalteten Sammlung stammend,

sind 1631. von Jac. Sirmond veröffentlicht und heißen danach die Sirmondschen Constitutionen.[9]

§ 955] V. Orient. Der von Theodos. II. gehegte Plan, nicht bloß eine Constitutionensammlung, sondern ein, Codex und Juristenrecht zusammenfassendes, Rechtsbuch ausarbeiten zu lassen, ward um 1 Jahrh. nachher von dem illyrischen Slaven Upraunda, als Kaiser Justinian I. genannt, mit glücklichem Erfolg und in einer die dürftigen weström. Compilationen ganz in Schatten stellenden Weise wieder aufgenommen. In 2 Hälften zerlegte der neue Plan den Rechtsstoff: Kaiserrecht (*jus principale* oder *leges*) und Juristenrecht (*jus receptum*): das erstere ward in den Codex und einen Novellenanhang, das andere in die Digesten und Institutionen aufgenommen.

1) Der Codex ward von einer Zehnercommission unter Joannes, dem *exquaestor sacri palatii*, a. 528. nach Theodosischer Ordnung zusammengestellt und vom *praef. praetorio Menna* a. 529 verkündigt.

2) Behufs der Vorbereitung des zu ordnenden Juristenrechtes sollte das *jus controversum* beseitigt und das *jus receptum* von dem Veralteten gesäubert, dies aber durch Erlassung der s. g. *L decisiones* a. 529., sowie einer Anzahl weiterer (gegen 240) Constitutionen (a. 529—534.) erreicht werden.

3) Das von einer Sechzehnercommission unter dem *quaestor sacri palatii Tribonianus* in drei Hauptsectionen (s. g. Sabinus-, Edicts- und Papiniansmasse) von 530—533, hauptsächlich nach dem Edictssysteme ausgearbeitete und aus ziemlich 10,000 Fragmenten bestehende Werk der *Digesta* oder *Pandectae* ward am 16. Dec. 533. verkündigt, mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. 533 versehen und durch ausdrückliche Sanction gegen jede corrigirende und kritisirende Interpretation geschützt (*Const. Deo auctore § 3—13.*). Nothwendige Interpolationen waren bei der (sonst wörtlichen) Aufnahme einzelner Fragmente von der Commission selbst vorgenommen worden (s. g. *Emblemata Triboniani*); die nachträgliche Ergänzung etwaiger Lücken behielt Justinian sich vor (*Const. Tanta § 18—21.*). Dem Werke war das Verzeichniß aller excerpirten Juristen (39 an Zahl) und Schriften (2000) vorgestellt; wir nennen dasselbe, weil in der Florentiner Handschrift enthalten, *index Florentinus.*

4) Gleichfalls mit Gesetzeskraft (vom 30. Dec. 533. an) wurden die, zunächst zum Zwecke eines einleitenden Lehrbuchs durch Tribonian, Theophilus und Dorotheus[10] in demselben J. (533) ausgearbeiteten und schon am 31. Novbr. verkündigten *Institutiones Imperatoriae* versehen.

5) Die hierauf vom Kaiser einer Fünfercommission unter Tribonian aufgetragene neue Codexredaction sollte die seit der ersten *praelectio* erlassenen Constitutionen (s. sub. 2.) und etwa erforderliche Verbesserungen aufnehmen und die Ordnung des Ganzen dem Digestensysteme annähern: dieser s. g. *Codex repetitae praelectionis* ward am 16. Nov. 534 verkündigt und mit Gesetzeskraft vom 29. Dec. 534 be-

kleidet; er enthält über 4600 Constitutionen (hauptsächlich Rescripte) aus einem 400jähr. Zeitraum.

6) Trotz des vermeintlichen Abschlusses der Codification zeigte sich bald das Bedürfniß einzelner Gesetze: deren erließ Justinian im Ganzen noch 166 (meistens vor Tribonian's a. 445 erfolgendem Tode), und zwar in Edictsform und in der lateinischen Staats- oder auch der betreffenden Landessprache. Eine officielle Sammlung dieser „*Novellae constitutiones post Codicem*" (*Νεαραὶ διατάξεις μετὰ τὸν Κώδικα* oder kurz *Novellae, Νεαραί* genannt), obschon versprochen (*Const. Cordi § 4.*), kam nicht zur Ausführung.[11]

§ **956**] Durch die Trilogie der Institutionen und Digesten sammt Codex hoffte Justinian das gesammte geltende Recht „ohne alle Antiquitäten, Antinomien, Geminationen und Lücken" (*Const. Tanta § 14. 15. Const. Deo auctore § 8. 9.*) in einen „ausschließlichen Universalcodex" vereinigt zu haben, und demgemäß nahm er auch eine Umgestaltung der Studienordnung auf den 3 Rechtsschulen kaiserlicher Stiftung zu Rom, Constantinopel und Berytus vor, indem er die übrigen Rechtsschulen unterdrückte (*Const. Omnem § 7.*). Die Zuhörer hießen nach der Jahresfolge des *quinquennium* jetzt *Justiniani novi* (statt früher *Dupondii*), *Edictales, Papinianistae, Lytae* (d. h. vom Hören dispensirte und auf Privatstudium Verwiesene) und *Prolytae.*[12]

Mittels besonderen Patents ließ Justinian seine Rechtsbücher auch in Italien verkündigen und nach Vertreibung der Ostgothen durch die s. g. *Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii* v. J. 554 *c. 11.* neu einschärfen; auch die künftigen Novellen sollten dort sofort in Kraft treten.[13]

Innerhalb der von Justinian enggezogenen Schranken, entstanden summarische Inhaltsangaben (*Indices*), Auszüge paralleler Stellen (*παράτιτλα*) sowie der Gesetze selbst (*Ἐπιτομαί*), und Paraphrasen (*Ἑρμηνεῖαι*), unter letzteren die wichtigste *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Caesarearum* (*Θεοφίλου Ἰνστιτοῦτα*), schon vor dem zweiten Codex erschienen, und von Reitz (1751) ins Latein. übersetzt.[14]

Der Mangel an einer officiellen Novellensammlung ward durch 3 Privatarbeiten ersetzt: 1) die älteste, welche der s. g. *Epitome Juliani* zugrundeliegt, enthält 125 Novellen. 2) die jüngere (unter Tiber. II. um 580.? in Constantinopel?) enthält 168 Novellen in griech. Sprache. 3) Die letzte enthält 134 Novellen in latein. Sprache.*[15]

Literatur: 1) Rudorff Röm. Rechtsgeschichte I. § 79. — 2) Ders. I. § 3. — 3) Vergl. neuerdings Bremer die Rechtslehrer und Rechtsschulen im Röm. Kaiserreich (Berl. 1868) S. 8 ff. — 4) Marquardt Röm. Alterthümer III. 1. S. 397 Anm. 2097. Bremer S. 73. — 5) Rudorff I. § 112. — 6) Ders. I. § 77. — 7) Ders. I. § 98. 99. Huschke (üb. d. Greg. u. Herm. Cod.) i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 279 ff. — 8) Rudorff I. § 104 — 106. — 9) Ders. I. § 102. — 10) Vergl. dazu Huschke in seiner Institutionenausgabe (Leipz. 1868). — 11) Rudorff I. § 108—111. 113. 114. — 12) Ders. I. § 112. — 13) Ders. I. § 116. — 14. Ders. I. § 115. — 15) Ders. I. § 114.

*) Ueber den Orient und das Byzantinische Recht nach Justinian (*Jus Graeco-Romanum*) und über den Occident und die italienische Glosse vergl. die Excurse zu diesem Kapitel.

IV. Kapitel.

IV. Die Rechtsfähigkeit.

(Allgemeines Personenrecht.)

§ 957] A. *Jus commune privatorum.* Unter den freien Reichseinwohnern sind die Peregrinen jetzt zur unbedeutenden Ausnahme geworden, den Stand der *Latini* beseitigte Justinian durch die Bestimmung, daß ein mit Ususfruct beschwerter Sklave durch Freilassung *civis* werden solle (*Ulp. 1, 19;* a. 530: *l. 1. pr. C. comm. de manumiss. 7, 15*), sowie namentlich dann durch Anerkennung der vollen Wirksamkeit der *manumissiones minus solennes*, wohin auch die Bezeichnung des Sklaven als „Sohn" in öffentlichem Protocoll, Herausgabe des Unfreiheitsdocuments, und die Anordnung, daß der Sklave *pileatus* der Leichenfeierlichkeit beizuwohnen habe, gehören sollten (a. 532: *§. 3. J. de libert. 1, 5; l. un. C. de latin. libert. toll. 7, 6*).

Es ist von Niebuhr bemerkt worden, daß von der Hälfte des 3. Jahrh. an fast kein einziges Grabmal eines Libertinen mehr vorkomme, woraus zu folgern ist, daß der Sklavenstand an Zahl beträchtlich sank: die Zufuhr der Sklaven muß aufgehört haben; die Sklaverei konnte dem christlichen Geiste der Zeit nicht mehr zusagen. Die Reaction gegen den heidnischen Sklavenluxus mußte sich auch darin zeigen, daß rechtliche Milderungen manichfacher Art sanctionirt wurden. Constantin d. Gr. belegte willkürliche Tödtung des Sklaven mit der *poena homicidii* (a. 312: *l. un. C. de emend. serv. 9, 14*) und verbot die Zerreißung der engeren Familienkreise der Wirthschaftssklaven bei Zerlegung von Ländereien (a. 334: *l. 11. C. communia familiae herc. 3, 38*). Derselbe Kaiser anerkannte eine neue Freilassungsform *in sacrosanctis ecclesiis* (vor dem Geistlichen und der Gemeinde mit Scriptursolennität; a. 316: *l. 1. C. de his, qui in eccles. 1, 13*) und erklärte jeden Anzeiger eines *raptor* oder Falschmünzers für frei (a. 320: *l. 2. 3. C. pro quib. caus. servi 7, 13*). Die von Constantin auf 16 Jahre bestimmte Frist der Freiheitsersitzung setzte Justinian auf 10 (unter Umständen jedoch 20) Jahre herab, und derselbe hob Constantin's Bestimmung, daß der Annehmer eines ausgesetzten Kindes es nach Belieben als Freien oder Sklaven erziehen dürfe, zu Gunsten der Freiheit auf (*l. 1. C. Theod. de expos. 5, 7; l. 3. 4. C. Just. eod. 8, 52*). Ebenso schaffte Justinian den Stand der *dediticii* (*l. un. C. de dedit. lib. toll. 7, 5*) und die *servitus poenae* der *in metalla damnati* (*Nov. 22. c. 8*), ferner die Freilassungsschranken der *lex Aelia Sentia* (530: *l. 2. C. Comm. de manum. 7, 15*), endlich auch die der *lex Furia Caninia* ab (*tit. J. de lege F. C. sublata 1, 7*). Außerdem verordnete er, daß der für ein Kloster Eingekleidete, die Sklavin, welche ihres Herrn Concubine bis an dessen Tod gewesen, sammt ihren (nicht etwa veräußerten) Kindern, und die mit einer Sklavin erzeugten Kinder, wenn jene vom Herrn freigelassen und verehelicht wor-

den, gleichfalls dadurch frei seyn sollten (*Nov. 5. c. 2. § 1; Nov. 18. c. 11; Nov. 78. c. 4*).

§ 958] Zum Theil scheint sich der Sklavenstand allmählich im Colonat* verloren zu haben. Wo es an freien Pächtern mangelte, gewöhnte man sich daran, an Sklaven Parcellen pachtweise zu überlassen; von ihnen unterschieden sich die gewöhnlichen zu einem Gutsinventar gehörigen Sklaven, welche *adscripticii* hießen; allmählich gerieth die große Masse der ländlichen Arbeiterbevölkerung in den Stand der *glebae adscriptio*, welche in der Mitte des 4. Jahrh. durch kaiserliche Gesetze geordnet wurde. Von dieser Zeit an mehren sich aber auch die Symptome eines aus Freien sich recrutirenden Colonats (*l. 18. C. de agricolis 11, 47*), und seitdem lassen sich sklavische und freie Colonen unterscheiden: jene tragen nur die allgemeine Bezeichnung *adscripticii*, diese werden *liberi coloni*, später schlechthin *coloni* genannt.[1]

Diese Bewegung eines Theils der freien Bevölkerung nach der *glebae adscriptio* hin ist nicht bloß das Ergebniß volkswirthschaftlicher Triebe, sondern ein Stück des allgemeinen Umbildungsprocesses des Culturgeistes in dieser Zeit. Persönliches Schutzbedürfniß und Abhängigkeitsgefühl griffen um sich, der Staat ging immer entschiedener zum territorialen Steuersystem (*jugatio terrena*) über und ließ die Kopfsteuer in der Grundsteuer untergehen.[2] So hingen sich allenthalben, zuerst im Orient, dann auch im Occident alle Staats- und Privatinteressen an den Grund und Boden. Aus diesem großen Zusammenhang erklärt sich die Erscheinung des freien Colonats.

Unter der zunehmenden Wucht dieses Prädialprincips mußte endlich auch der personale Unterschied des Sklaven- und freien Colonats sich abflachen. Zwar wurde noch in der Justinianischen Gesetzgebung unterschieden zwischen dem *dominus* eines *adscripticius* und dem (auch als *dominus terrae* bezeichneten) *patronus* eines *colonus* (*l. un. C. Theod. ne colonus 5, 11; l. 23. § 2. C. Just. de agricolis 11, 47*), dem *adscripticius* nur ein *peculium* beigelegt, und der Unterschied zwischen einem *adscripticius* und *servus* für unbedeutend erklärt (*l. 21. C. J. eod.*); allein in den westlichen Ländern verlor sich der Unterschied, wie aus den Römischen Rechtsbüchern der Barbaren erkennbar ist.[3]

Dem Herrn oder Patron stand das Vindicationsrecht sowohl gegen den Colonen selbst zu (*l. 6. 11. 23. pr. C. J. eod.*), betreffs der *adscripticii* ein mäßiges Züchtigungsrecht (*l. 24. eod.*); der Colone konnte nicht klagend gegen seinen Patron auftreten (*l. 2. C. in qu. caus. coloni 11, 49*). Die Gutszugehörigkeit verlieh es als Recht, nicht vom Gut getrennt zu werden (*l. 7. C. de agric. 11, 47*); der freie Colone konnte eignes Vermögen haben (*l. 18. eod.*). Der Stand der *adscripticii* und der *coloni* war erblich (*originarii*), Colonat entstand überdies durch 30jähriges Verharren in Abhängigkeit (*l. 18. cit.*). Erlangung der Bischofswürde ward von Justinian als Befreiungsgrund anerkannt (*Nov. 123. c. 4. 17*).[4]

---

*) s. oben Cursus § 327. 328. u. Excurse S. 291—301.

§ **959**] Die Bedeutung der *infamia* schrumpfte auf ein Minimum zusammen, denn ein wahres *jus suffragii et honorum* gab es nicht mehr, die Bekleidung von Municipalämtern galt jetzt nicht als Ehre, sondern als Last, die gemieden ward; das Eheverbot der *lex Julia* ward, wie alle Cölibatsgesetze, unter den christlichen Kaisern abgeschafft, und die Ausdehnung jenes Verbots auf die Senatoren von Justinian gänzlich aufgehoben. Die wichtigste privatrechtliche Folge der Infamie, daß sie Klagen im Cessionswege zu erwerben verhinderte, ward durch die Zulassung von Cessionen (auch ohne wirkliche Bestellung von Procuratoren) mittels *utiles actiones* vereitelt (*l. 9. C. de hered. vend. 4, 39*). Ueberhaupt verlor die ganze, auf das Verbot des Postulirens gegründete Einschränkung durch Justinian ihre Bedeutung, indem dieser Alles in richterliches Ermessen stellte (*§ 11. J. de except. 4, 13*). Hiermit hatte sich das Römische System der Ehrlosigkeit völlig im Sande verlaufen, und die einzelnen Fälle waren gewissermaßen in das Gebiet der unbestimmten Ehrenminderung (*turpitudo*) eingegangen. Die *infamia* war kein praktisches Institut mehr im Justinianischen Recht.[5]

Während die allmähliche Bedrückung der Heiden (später allgemein *Pagani* genannt) und die Verachtung der Juden nicht von unmittelbaren Beschränkungen der Rechtsfähigkeit begleitet war, erlitten die Ketzer (*haeretici*, d. h. die von dem Bekenntniß der 4 Römischen Concilien Abweichenden) und die Abtrünnigen (*apostatae*) allerdings solche Beschränkungen, den Verlust der Testir- und Erbfähigkeit (*l. 7. 17. 18. 40. C. Theod. de haeret, 16, 5; l. 4. 21. 22. C. Just. eod. 1, 5; l. 2. 7. C. Th. de apost. 16, 7; l. 2—4. C. J. eod. 1, 7*). Ihre bürgerliche Zurücksetzung erscheint als eine neue dem Geist der Zeit entsprechende Art der Infamie.[6]

§ **960**] Juristische Personen. Wir sehen jetzt die Corporation in christlicher Anwendung auftreten, indem die localen Kirchengemeinschaften als juristische Personen anerkannt wurden. Es scheint, daß hier ein der Geschichte der altrömischen Corporationen analoger Entwicklungsgang stattfand, indem anfangs der Heiland selbst oder Erzengel oder auch Märtyrer als die Subjecte des Vermögens, dann aber die in deren Cultus vereinigten Genossenschaften als die Persönlichkeiten galten (*l. 26. C. de SS. eccles.* unglossirt). Es wurden diesen Kirchengütern (*bona ecclesiastica*) manichfache Privilegien ertheilt, namentlich von Leo (a. 469) die bisher nur den Stadtgemeinden allgemein zugestandene Erbeinsetzungsfähigkeit (*l. 8. 12. C. de hered. inst. 6, 24*) auf die kirchlichen Anstalten im weitesten Sinn übertragen.[7]

Zu diesen Anstalten gehörten jetzt auch die s. g. milden Stiftungen (*piae causae*), welche mehr und mehr an Zahl und Organisation zunahmen. Die in früherer Zeit vorkommenden wohlthätigen Stiftungen (*donationes super piis causis factae: l. 19. C. de SS. eccles. 1, 2*), wie die Trajan's für arme Kinder in den italischen Gemeinden, blieben vereinzelte Acte persönlichen Beliebens und hielten sich in der Rechtsform

von Hinterlassungen (an die Gemeindekörper, *sub modo; Plin. Epist. 7, 18*).[8] Der Gedanke, daß ein Privatwille Persönlichkeiten aus dem Nichts erschaffen könne, war bis dahin nur in der Manumission von Sklaven vorgebildet; „es war dem Christenthum vorbehalten, die Menschenliebe in dauernden, unabhängigen Anstalten gleichsam zu verkörpern." Erst unter den christlichen Kaisern häuften sich daher die Stiftungen zu milden und menschenfreundlichen Zwecken (Versorgungshäusern für Arme, Kranke, Waisen, Pilger: *ptochotrophia, nosocomia, orphanotrophia, xenodochia* u. s. w.: vgl. *l. 23. C. de eccles. 1, 2; l. 35. 46. C. de episc. et cler. 1, 3*) und gelangten allmählich zu rechtlicher Ausbildung als eine neue Art juristischer Personen neben den Corpotionen. „Privatstiftungen, d. h. solche die nicht im kirchlichen Verband standen, kannte das Recht noch nicht; die *piae causae* hatten eine nur von der Kirche abgeleitete Persönlichkeit."[9]

§ **961**] B. *Jus militiae.* Je mehr die Nationalitäten im Reich erschlafften, und alle Initiativen des Rechts- und Staatslebens sich im Herrscher des Reichs centralisirten, um so mehr trat auch das allgemeine Bürgerthum hinter dem Militärstand zurück, welcher augenscheinlich die Bedeutung einer höheren Ordnung gewann (*legio prima adjutrix Reipublicae:* Theodos. I. und Valent. II. um 390; *l. 6. C. de castr. pecul. 12, 36*) und der Maßstab wurde für die Rangbestimmung aller thätigen Factoren des Reichslebens.

Der Abglanz dieses Standes sollte auch den ausgedienten Soldaten (*Veterani*) für ihren künftigen bürgerlichen Lebensberuf zu Gute kommen: zuerst durch Constantin d. Gr. wurde der *favor Veteranorum* systematisch ausgebildet. *Magis conveteranis meis beatitudinem augere debeo, quam minuere; quiete post labores suos perenniter perfruantur* (a. 320: *l. 1. C. de Veteranis 12, 47*): unter dieser Motivirung ertheilte der Kaiser den Veteranen Freiheit von allen *munera civilia,* fiscalischen Abgaben und Zöllen und sonstigen für Handels- und Bankgeschäfte bestehenden Schranken.

Ueberdies erwies das erstarkte Militärprincip seine Kraft auch darin, daß andere Classen und Stände als Analogien der *militia* aufgefaßt und so durch Antheile an den Militärprivilegien begünstigt wurden. Schon von Ulpian erfahren wir, daß das Testirprivilegium, auf alle, *qui in procinctu versantur* (*in hosticolo deprehenduntur*) ausgedehnt wurde (*fr. 1. D. de B. P. ex test. mil. 37, 13*); dasselbe geschah weiterhin zu Gunsten der *militia cohortalis,* d. h. des mehr und mehr nach dem Vorbild der *militia armata s. legionaria* organisirten Beamtenpersonals (*officia, officiales,* auch *milites* genannt), welches in die Matrikel eingetragen wurde und das *sacramentum* zu leisten hatte (*l. 48. C. Th. de haeret. 16, 5; l. 1. § 1. C. Th. de habitu 14, 10; l. 12. C. Th. de div. off. 8, 7; l. 4. C. Just. qui mil. poss. 12, 34; l. 16. C. J. de test. mil. 6, 21*). Insbesondere ward seit Theodos. II. (422) und Zeno (469) auch den Assessoren, Advocaten und allen Präfecturbeamten, durch Leo auch den Geistlichen das *jus castrensis peculii* gewährt d. h. ihr Berufser-

werb ihnen *ad exemplum militum* als *proprium dominium* („*veluti peculium castrense*“ *) zugesprochen (*l. 7. C. de assess. 1, 51; l. 4. 14. C. de advoc. 2, 7; l. ult. C. de castr. pecul. 12, 37; l. 34. C. de episc. 1, 3*).[10]

Justinian nahm den Testirprivilegien ihren bisherigen Standeskarakter, indem er bestimmte, daß sie nur den im Felde stehenden Soldaten (*in expeditionibus occupati*) zu Gute kommen sollten (*l. 17. C. de test. mil. 6, 21*).

Literatur: 1) Rodbertus in Hildebrand's Jahrbb. f. Nat.-Oek. u. Statistik I. S. 235—255. — 2) Bachofen i. neuen Schweiz. Museum II. 6. 7. Heft (Bern 1862) S. 169—183. — 3) Rodbertus S. 255—263. — 4) Vergl. im Allgemeinen dazu v. Savigny d. Röm. Colonat (Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VI. u. verm. Schriften II. S. 1—66); Zumpt (Entstehung d. Colonats) i. Rhein. Museum f. Philol. 1843; C. Hegel Geschichte d. Städteverfass. in Italien I. S. 85—88; Huschke Census d. frühern Kaiserzeit (Berl. 1847) S. 145—175; Puchta Curs. d. Instit. II. § 214; Kuhn d. städt. u. bürg. Verfassung des Röm. Reichs (1864) I. S. 258 ff. — 5) v. Savigny Syst. d. Röm. R. II. S. 216. 221. 224—229. — 6) Ders. II. S. 231—233. — 7) Mühlenbruch Rechtl. Beurtheilung des Städtel'schen Beerbungsfalls (Halle 1828) S. 169 ff. — 8) Th. Mommsen (üb. eine milde Stiftung Nerva's) i. d. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XVI. S. 186 ff.; Marquardt Röm. Alterth. III. 2. S. 113—117; Brinz Lehrb. d. Pand. 2. Abthlg. (Erlang. 1860) S. 1045. — 9) Roth in Ihering's Jahrbb. f. Dogmatik I. S. 196—199. Dazu Dirksen Zustand d. jurist. Personen nach Röm. R. (Abhdlg. Bd. 2. Berl. 1820) S. 1—143; v. Savigny System II. S. 244. 262—272. 308; Mühlenbruch in Glück's Commentar-Forts. Thl. 38. S. 399. — 10) Vergl. dazu C. Hegel Gesch. d. Städteverf. I. S. 71. 72. 79—82. u. v. Bethmann-Hollweg d. Röm. Civilproceß II. S. 159. III. S. 15 ff.

V. Kapitel.

V. Die Privatsphäre.

(Vermögens-, Familien- und Erbrecht.)

A. Sachenrecht.

§ **963**] I. Die Sachen anlangend, fiel der Unterschied der *res mancipi* und *nec mancipi* hinweg, verloren die *religiosa loca* ihren Bezug auf die *Manes* (doch ohne wesentliche Alterirung der Rechtssätze), ward der Begriff der *sacrae res* der christlichen Religion angepaßt (*§ 8. J. de rer. div. 2, 1*) und ihre Veräußerung für gewisse Nothfälle gestattet (*l. 21. C. de SS. eccles. 1, 2; Nov. 7. c. 8; Nov. 120. c. 10*). Der daneben aufkommende Begriff der *ecclesiasticae res* bedeutete das nicht zum unmittelbaren Gottesdienst bestimmte Kirchenvermögen (*pecunia* u. s. w.; *l. 14. 17. C. eod.*).

II. Den Besitz anlangend, wurden die zwei *interdicta retinendae possessionis* überhaupt und namentlich auch darin gleich behandelt, daß der fehlerlose Besitz zur Zeit der Litiscontestation als entscheidend galt (*§ 4. J. de interd. 4, 15*), und wurde das *interdictum de vi armata*

*) Daher der Ausdruck: *peculium quasi castrense*, welches heutzutage mit dem *castrense* unter der Benennung *pec. militare* zusammengefaßt wird.

mit dem einfachen Gewaltinterdict verschmolzen, so daß nun auch das letztere von dem, welcher selbst *vitiose* besaß, angestellt werden konnte (*§ 6. J. eod.*).

§ **963**] III. Eigenthum, Nachdem im Lauf des 4. Jahrh. die *mancipatio* (und *in jure cessio?*), welche zuletzt in Rescripten Diocletian's, den *Vaticana fragm. § 313.*, dem *Codex Hermog.* (*7, 1*) und in Constantinischen Constitutionen (*l. 4. 5. C. Theod. de donat. 8, 12*) erwähnt wird, außer Uebung gekommen war, der weitaus größte Theil der Reichsbewohnerschaft Bürgerrecht besaß, der Unterschied des italischen und Provinzial-Bodens abgeschafft war (*§ 40. J. de rer. div. 2, 1*): gebrach es dem alten Dualismus des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums an aller Unterlage, und war dessen völlige Beseitigung ein zeitgemäßes Werk, welches von Justinian zur heilsamen Beruhigung angehender Studenten durch *l. un. C. de nudo jure Quir. toll.* (*7, 25*) unternommen wurde: *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex jure Quiritium nomen vel tantum in bonis reperitur. Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servorum sive aliarum rerum ad se pertinentium.*

Hiermit war gegeben 1) die Aufhebung des Unterschieds der civilen und prätorischen Erwerbsgründe, und Justinian substituirte demgemäß bei seiner Eintheilung das abstracte Princip der *naturalis ratio* (*§ 11. 12. J. de rer. div. 2, 1*); 2) die Verschmelzung der beiden alten Ersitzungsarten: *usucapio* und *longi temporis praescriptio*; es wurde die 10- und 20jährige für alle (auch die wenigen in Italien den Römern gebliebenen) Grundstücke, für Mobilien aber eine 3jährige Frist festgesetzt (a. 528: *l. 8. C. de praescr. 30 vel 40 annor. 7, 33*; a. 531: *l. un. C. de usuc. transform. 7, 31*); 3) die Einschränkung der *Publiciana in rem actio* auf ein engeres Gebiet, denn sie kam fortan nur für den (Usucapions-) Besitz in Frage (*§ 4. J. de act. 4, 6*). Die Erschwerung der Ersitzung durch die Fristverlängerung ward theilweise durch erweiterte Anerkennung der *accessio possessionis* ausgeglichen (*l. un. C. cit.*).

Die Fälle des unmittelbar *lege* eintretenden Eigenthumserwerbs wurden vermehrt (z. B. *l. 7. C. unde vi 8, 4*; *l. 30. C. de jure dotium 5, 12*), manche Veräußerungsbeschränkungen eingeführt (z. B. der *res litigiosae*: *l. 4. § 1. C. de litig. 8, 37*; des Adventizguts, sowie des Kinderguts im Fall anderweiter Ehe des Parens: *l. 8. § 4. 5. C. de bonis quae liberis 6, 61*; *l. 5. pr. C. de sec. nupt. 5, 9*). Der Fiscus erhielt von Zeno das Privileg, daß er auch durch fremder Sachen Verkauf Eigenthum geben sollte (*l. 2. 3. C. de quadrienn. praescr. 7, 37*).

Ohne große Bedeutung waren die neuen Bestimmungen, bez. Controversentscheidungen rücksichtlich der *pictura* (*§ 34. J. de rer. div. 2, 1*) und *thesauri inventio* (*l. un. C. de thesaur. 10, 15*).

§ **964**] IV. Für Servituten ward die Bestellung durch einfachen Vertrag (auch ohne Pönalstipulation) zur Regel (*§ 1. J. de usufr. 2, 4*;

§ 4. J. de servit. 2, 3). In manchen Fällen wurde *ipso jure* erfolgende Begründung des *ususfructus* (*legalis*) angenommen (z. B. *l. 1. C. de bon. matern. 6, 60*) und anderseits der *minima capitis diminutio* ihre Kraft, Personalservituten untergehen zu machen, entzogen (*§ 3. J. de usufructu 2, 4*).

Nach Justinian's Bestimmung sollten Servituten durch Verjährung erst in 10 (*inter praesentes*) oder 20 Jahren, bez. (*servitutes discontinuae*) in doppelter Frist erlöschen (*l. 13. C. de serv. 3, 34; l. 7. D. quemadm. serv. am. 8, 6*). —

V. Betreffs der Emphyteusis, welche sich zuerst an den *patrimoniales possessiones per Asianam et Ponticam dioecesin — per tractum Orientis* in größerem Styl ausbildete (*l. 6. S. 12. C. de fundis patrim. 11, 61*), wurden die bisherigen Schwankungen und Unterscheidungen des Rechts erst durch Zeno und Justinian beseitigt (*l. 1. C. de offic. com. 1, 34; § 3. J. de locat. 3, 24*).

Justinian bestimmte, zunächst für kirchliche Emphyteusen, daß der Emphyteuta Veränderungen ohne Deterioration mit dem Boden vornehmen dürfe (*No. 7. c. 3. § 2*), bestätigte Zeno's Verordnung, daß von der regelmäßigen Natur abweichende Contracte und die über kirchliche Emphyteusen schriftlich abgefaßt werden sollten, und gewährte dem *dominus fundi* unter Umständen Einziehung der Emphyteuse, namentlich wegen 2 oder 3jähriger Nichtentrichtung des Canon (*l. 1—3. C. de jure emphyt. 4, 66; Nov. 120. c. 8*).

§ 965] VI. Im Pfandrecht legte sich die kaiserliche Fürsorge (besonders Leo's und Justinian's) auf Erweiterung des unseligen Gedankens der Generalhypotheken, und Leo verwickelte dieses verwickelte Hypothekensystem noch mehr durch Einführung eines neuen Privilegs, nämlich zu Gunsten der durch ein gerichtliches oder von drei Zeugen mitunterschriebenes Document erwiesenen Hypotheken (*pignora publica* und *quasi publica: l. 11. C. qui potior. in pignor. 8, 18*). Hierzu kam, daß außer den fiscalischen Legalhypotheken wegen Contracts- und Steuerschulden von verschiedenen Kaisern neue, und zwar theils generelle, theils specielle Legalhypotheken eingeführt wurden, die Rangordnung in vielen Punkten controvers, und kein Gläubiger nun mehr im Stande war, sich einer völligen Realcaution zu versichern. — Die *fiducia* wird zuletzt im 4. Jahrhundert erwähnt (*l. 9. C. Theod. de inf. his, quae sub tyr. 15, 14*); dagegen gelangte das letztwillige und das s. g. prätorische Pfandrecht in gewissen Beziehungen noch zu bestimmterer Ausbildung.

Die s. g. *lex commissoria* wurde von Constantin für unstatthaft erklärt (*l. 3. C. de pact. 8, 35*); von Justinian wurde für die Distraction eine Wartezeit von 2 Jahren (von der maßgebenden Denuntiation an) vorgeschrieben (*l. 4. § 1. D. de distr. pign. 8, 28*), dem Pfandgläubiger an Stelle der *publica proscriptio* behufs Pfandverkaufs das *jus dominii impetrandi* (*per Principem: l. 3. C. de jure dom. imp. 8, 34*), und dem mit der hypothekarischen Klage belangten Dritten das s. g. *beneficium ex-*

cussionis (*personale* und *reale*, d. h. Einrede der Vorausklagung oder der Verweisung des Klägers an den Hauptschuldner und etwaigen Bürgen oder an etwaiges Specialpfand) gewährt (*l. 2. 14. 24. C. de pignor. 8, 14; Nov. 4.* c. *2*).

B. Schuldrecht.

§ **966**] I. Die civilistische Grundlage des classischen Obligationsbegriffs, worauf die Novations-, Cessions- und Stellvertretungslehren ruhten, blieb im Princip unangetastet, obwohl der geschwächte Rechtssinn nicht mehr die volle Casticität der classischen Zeit zu bewahren wußte und über manche Consequenz sich hinwegsetzte: ein Umstand, welcher manche neuere Rechtslehrer zu der irrigen Meinung geführt hat, daß im späteren Römischen Recht freie Stellvertretung im wahren Sinn zugelassen worden und Singularsuccession in Obligationen zur Anerkennung gekommen sei. Nur das ist richtig, daß mit Aufhebung des *Ordo judiciorum* und Beseitigung der *formulae* seit Diocletian auch die alte Regel, wonach der Cessionar die Intentio aus der Person des Cedens hernehmen mußte, wegfiel, und nun der Cessionar die Klage *utiliter suo nomine* anstellte (*l. 9. C. de her. vend. 4, 39*).

Den praktischen Unterschied zwischen Solidar- und Correalobligationen beseitigte Justinian im Wesentlichen durch Aufhebung der Consumtionskraft der Litiscontestation (*l. 28. C. de fidej. 8, 41*).

§ **967**] II. Mancherlei geschah zur Befreiung des Verkehrs: Justinian hob den Grundsatz auf, daß Obligationen nicht erst in der Person des Erben beginnen könnten (*§ 13. J. de inutil. stip. 3, 19; l. un. C. de act. ab hered. inc. 4, 11*), erweiterte das *constitutum* auf andere Arten von Gegenständen und die Dauer der *actio const. pec.* zu dem Zeitraum von 30 Jahren (*l. 2. pr. D. de const. pec. 4, 18; § 8. J. de act. 4, 6*), erklärte sowohl das Compromiß unter gewissen Voraussetzungen (*l. 4. 5. C. de rec. arbitr. 2, 56; Nov. 82. c. 11*), als auch das Schenkungsversprechen (*condictio ex l. 35. C. de donat. 8, 54*) ohne Stipulationsform für rechtsverbindlich und ließ die Compensation auch gegenüber dinglichen Klagen zu (*§ 30. J. de act. 4, 6*), indem er freilich zugleich die Liquidität als allgemeines Erforderniß der Compensation vorschrieb (*l. 14. § 1. C. de compens. 4, 31*).

§ **968**] III. Anderseits kommen mancherlei zweckmäßige und unzweckmäßige Verkehrsbeschränkungen auf: 1) Justinian verlangte für Schenkungen von über *500 solidi* gerichtliche Insinuation (*l. 36. C. de don. 8, 54*). 2) Er erklärte Intercessionen einer Frauensperson, die nicht durch ein öffentliches und von 3 Zeugen unterschriebenes Instrument beglaubigt seien, für nichtig, so daß die Frage der Anwendung des *Sctum Vellejanum* nun überhaupt erst unter Voraussetzung jener Urkundlichkeit entstehen konnte (*l. 23. § 2. C. ad Sct. Vell. 4, 29*); daneben verordnete er die absolute Ungültigkeit der von Ehefrauen für ihre Ehemänner eingegangenen Intercessionen (*Nov. 134. c. 8; Auth.*

si qua mulier ad l. 22. C. eod.). 3) Er bestimmte, daß Interesseklagen nicht über das *duplum* des natürlichen Sachwerthes hinausgehen sollten (*l. un. C. de sententiis, quae pro eo, quod interest 7, 47*). 4) Er setzte den gesetzlichen Zinsfuß auf *semisses usurae* ($6^1/_{16}$ Procent) herab (*l. 26. C. de usur. 4, 32*), bestätigte das Verbot des Zinsenanwachsens *ultra alterum tantum* (*l. 10. C. eod.*), untersagte jede Art des Anatocismus (*l. 28. eod.*) und bestrafte allen Wucher (*usuraria pravitas*) mit Infamie (*l. 2. C. ex quib. c. infam. 2, 12*).

Frühere Beschränkungen waren, daß Diocletian das Kaufgeschäft *propter laesionem enormem* für rescissibel erklärte (*l. 2. C. de rescind. vend. 4, 44*), und daß Anastasius I. (um 500) zur Verhütung von Vexationen bedrängter Schuldner durch „*litium alienarum redemtores alienis fortunis inhiantes*“ verordnete: wer fremde Forderungen käuflich erwerbe, dürfe nicht mehr, als der von ihm geleistete Kaufpreis betrage, vom Schuldner einklagen (*l. 22. C. mandati 4, 35*). Justinian verschärfte noch diese s. g. *lex Anastasiana* durch die *l. 23. C. eod.* (*amputatio simulationum*).

§ 969] Wichtige, wenn auch nicht principmäßige Bestimmungen traf Justinian in Betreff des urkundlichen Rechtsverkehrs. Schon Leo (469) hatte bestimmt: *omnes stipulationes quibuscunque verbis compositae unam habeant firmitatem* (*l. 10. C. de contr. stip. 8, 38*); Justinian aber befreite den aus einer Stipulationsurkunde Klagenden von der Beweislast der Präsenz und führte eine qualificirte Rechtsvermuthung ein, wonach Präsenz der Contrahenten unbedingt angenommen werden sollte, wofern dieselben an dem Tage der Urkundendatirung beiderseits *in eadem civitate* sich aufgehalten hatten (*l. 14. C. de contr. stip. 8, 38* v. J. 531; dazu *§ 12. J. de inut. stip. 3, 19* und *§ 8. J. de fidej. 3, 20*); jene Annahme sollte nur durch den Beweis eines *totum ipsum diem* ausfüllenden Alibi elidirt werden; so war sie im Grunde ein Umsturz des alten Stipulationssystems, und die Stipulation verlor sich ziemlich allgemein in der Urkunde.

Die Urkunde aber war jetzt umsomehr geeignet, die Rolle der Stipulation zu spielen, da (etwa seit der 2. Hälfte des 3. Jahrhunderts) feststand, daß stipulatorische *cautiones* über Darlehne zwar nicht sofort als beweiskräftig für die *causa stipulationis* (d. h. wirkliche Zahlung des Darlehns), aber dafür nach Verlauf eines Jahrs (*annus utilis?*) als unumstößlich gelten sollten. Jene dem Schuldschein für die *exceptio*, bez. *querela non numeratae pecuniae* gewährte Frist ward von Diocletian auf ein Quinquennium ausgedehnt, von Justinian aber auf ein Biennium reducirt (*C. Herm. Tit. 1. de cauta et non num. pec.; l. un. C. Theod. si cert. pet. 2, 27; l. 3. 7—10. 14. C. Just. de non num. pec. 4, 30*). Justinian, der das zunächst von Stipulationsurkunden (*cautiones*) Geltende auch auf einfache Schuldscheine (*chirographa*) ausgedehnt zu haben scheint, gefiel sich darin, die Klage aus einer durch Fristablauf befestigten Scriptur als *condictio* (*sc. ex literis*) im Gegensatz der *actio ex stipulatu* zu bezeichnen und in respectvoller Erinnerung an die

antiken *nomina transscripticia* die Geltung von Skripturen jener Art ein *scriptura obligari* zu nennen (*§ un. J. de liter. obl. 3, 21*).

Auch im Uebrigen traf Justinian sowohl in Betreff der Stipulationen (z. B. *§ 4. 20. J. de inut. stip. 3, 19; l. 8. C. ad exh. 3, 42; l. 3. C. de don. sub modo 8, 55; l. 13. C. de contr. stip. 8, 38*), als auch urkundlicher Abfassungen neue Bestimmungen (*l. 17. 20—22. C. de fide instr. 4, 21; l. 17. C. si cert. pet. 4, 2; Nov. 44. 73*). Das *beneficium divisionis* der Bürgen übertrug er auf die vertragsmäßigen Correalobligationen (Nov. 99 sehr controvers!), und er gewährte dem vor Ausklagung des Hauptschuldners in Anspruch genommenen Bürgen das *beneficium excussionis s. ordinis*, wodurch die *obligatio fidejussoris* den Karakter der Subsidiarität erhielt. (*Nov. 4. c. 1*).

C. Familienrecht.

§ **970**] I. Am meisten unter allen Theilen des Privatrechts machte sich der neue Einfluß des Christenthums im Familienrecht geltend, ja man muß sagen, daß erst unter den christlichen Kaisern die Idee der Familie als einer gegliederten Hausgenossenschaft mit wechselseitigen Rechten und Pflichten zur Herrschaft kam über die altnationale Idee eines einseitigen Gewaltverhältnisses. Diese Wendung war auch für das Vormundschaftsrecht nicht ohne Bedeutung, denn hier traten jetzt immer mehr Symptome einer familienhaften Auffassung hervor, welche seine Annährung an unsere deutschrechtliche Auffassung bezeugen. Namentlich ist es die obrigkeitliche Ueberwachung der Vormundschaftsführung, welche sich zu einem ordentlichen System ausbildete (*l. 30. C. de episc. aud. 1, 4; § 5. J. de Atil. tut. 1, 20*). Seit Constantin unterliegen alle wichtigen Veräußerungen von Mündelgut dem Erforderniß obrigkeitlichen Decretes (*l. 22. ult. § 3. 5. C. de adm. tut. 5, 37; § 2. J. quib. alien. licet 2, 8*), das Excusationsverfahren wird neu geordnet (*§ 9. 16. J. de excus. tut 1, 25*), und nun auch zugelassen, daß regelmäßig jeder Mitvormund allein handelnd auftrete (*l. 5. C. de auct. praest. 5, 59*).

II. Das Concubinat besteht, trotz der von christlichen Kaisern eingeführten Beschränkungen (*l. 2. 3. C. Th. de nat. lib. 4, 6*) noch im Justin. R. als *licita consuetudo* fort (*Nov. 18. c. 5*), indem erst durch *Novella Leonis 91.* (um 890) die förmliche Abschaffung erfolgte. — Die Vermögensnachtheile des Cölibats und der Orbität (aus dem Papischen Recht) wurden durch Constantin (a. 339: *l. un C. Th. de infirm. poen. 8, 16; l. 1. C. J. de inf. p. coelib. 8, 58*), die daran geknüpft gewesenen Erbbeschränkungen durch Honorius und Theodos II. (a. 410: *l. 2. C. J. eod.*), die letzten Reste der Caducität endlich durch Justinian beseitigt (*l. 27. C. de nupt. 5, 4; l. 2. C. de jure lib. 8, 59; l. un. C. de caduc. toll. 6, 51*).

§ **971**] III. Durch allmähliche Gleichstellung aller (freien) Reichseinwohner hat das Moment des *conubium* seine alte Bedeutung ver-

loren; der Unterschied zwischen *matrimonium legitimum* und *juris gentium* besteht im Justin. Recht nicht mehr. Nachdem unter Theod. I. Die Priesterschaft der Flamines, für welche die alte Confarreationsform noch fortbestanden hatte, aufgehoben worden (a. 394: *Zosim. 4, 59*), scheint die Manusehe völlig antiquirt zu seyn, wogegen die Sitte feierlicher Dotalinstrumente (*instrumenta nuptialia, pacta dotalia*) immer verbreiteter und von Justininian sogar als Bedingung einer vollgültigen Ehe für die höheren Stände (bis zu den Illustres herab) vorgeschrieben ward (*Nov. 22. c. 3*; *Nov. 117. c. 4*).*

Die Eingehung einer 2. Ehe ward, in Widerspruch mit dem früheren jede Eheschließung begünstigenden Papischen Recht, seit Theodos. I. ungünstig behandelt und mit gewissen den *conjux binubus* treffenden Vermögensnachtheilen (*poenae secundarum nuptiarum*) zugunsten der aus 1. Ehe vorhandenen Kinder, z. B. mit Verlust der Proprietät der *lucra nuptialia* an jene, bedroht (*l. 3. pr. C. de sec. nupt. 5, 9; Nov. 22. c. 23. 27. 31*). Ingleichen sollte nun auch die Schließung von *immaturae nuptiae* (s. oben § 778), neben der fast bedeutungslos gewordene Infamie (s. oben § 959), Vermögensnachtheile zur Folge haben (*Nov. 22. c. 22. pr.; Nov. 39. § 1*).

§ 972] IV. Der Satz des älteren Rechts: *libera matrimonia esse, ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere* (*Sev. Alex* a. 224: *l. 2. C. de inut. stip. 8, 39*) behielt auch unter den christlichen Kaisern Geltung und demgemäß die Scheidung den Karakter eines Privatactes, *quoniam in iis, quae ab hominibus fiunt, quod ligatum est, etiam dissolvi potest* (*Just. Nov. 22. c. 3*); indeß ward die nach Diocletian (*l. 14. C. de nupt. 5, 4*) anerkannte unbedingte *libera facultas distrahendi matrimonii* durch die christlichen Kaiser (unter mehrfachen Schwankungen), insbesondere durch Constantin (*l. 1. C. Th. de repud. 3, 16*), Theodos. II. (*Nov. Theod. tit. 12. de repud.*), Valentinian III. (a. 452: *Nov. Valent. tit. 34. de episc. jud. § 11.*), endlich durch Justinian insofern eingeschränkt, als Scheidung überhaupt nur noch aus besonderen Gründen — nämlich einseitige Scheidung (*repudium*) nur wegen bestimmter Vergehungen des andern Theils, z. B. Untreue der Frau, Lebensnachstellungen (s. g. *divortium cum ira et offensa factum; l. 8. 11. 12. C. de repud. 5, 17; Nov. 22. c. 5—18.* und bes. *Nov. 117*), oder wegen gewisser anderer (keine Schuld enthaltender) Umstände z. B. wegen 3jähriger *naturalis coëundi imbecillitas* oder *captivitas* oder *castitatis desiderium* (s. g. *div. bona gratia factum: Nov. 22. c. 4. 6. 7*) — zugelassen und selbst das bis dahin unangetastet gebliebene und noch von Just. selbst anfänglich (*Nov. 22. c. 4*) anerkannte *div. communi consensu factum* später von diesem Kaiser auf wenige Fälle (*castitatis desiderium* und

---

*) Die früheste Hindeutung der Rechtsquellen auf die Sitte kirchlicher Einsegnung der Ehe, welche unter den Christen schon lange feststand (*Tertull. de monog.* 11; *ad uxor.* 2, 8), ist in *Nov.* 74. *c.* 4. § 1. enthalten, welche verordnete, daß die Schließung der Ehe *in Oratorio* (vor Bischof und Zeugen) als Surrogat der Dotalinstrumente gelten solle. Allein zu einem rechtlichen Erforderniß ward die *benedictio sacerdotalis* (für den Orient) erst durch *Nov. Leonis* 89.

Eintritt ins Kloster) eingeschränkt ward (*Nov. 117. c. 10; Nov. 134 c. 11* v. J. 542 und 556).

V. Auch der Kreis der Eheverbote erfuhr Veränderungen, indem Justinian das Ehehinderniß zwischen Senatoren und *libertinae*, das noch von Constantin (*l. 1. C. de nat. lib. 5, 27*) bestätigt worden, aufhob (*l. 28. C. de nupt. 5, 4; Nov. 78. c. 3*), dagegen die Ehe zwischen einer Freien und einem Colonen (*Nov. 22. c. 7*), Ehebrecher und Ehebrecherin (*Nov. 134. c. 12*), Entführer und Entführten (*Nov. 143. 154*), zwischen Personen, die in *respectu parentelae* zu einander stehen (mit Wiederherstellung des älteren Rechts vor Claudius: *§ 3. 4. J. de nupt. 1, 10*), sowie zwischen Christen und Juden verbot (*l. 6. C. de Judaeis 1, 9*).

§ **973**] VI. In Betreff der ehelichen Güterverhältnisse ward von Justinian die schon von Theodos. II. (428) anerkannte formlose Mitgiftszusage (*pollicitatio dotis*) bestätigt (*l. 6. C. de dot. prom. 5, 11*), dagegen die Bestimmung der *lex Julia de fundo dotali* auf den Provinzialboden ausgedehnt, und überdies selbst die eheweibliche Einwilligung dabei für wirkungslos, folglich das Veräußerungsverbot für absolut erklärt (*pr. J. quib. al. lic. 2, 8; l. un. § 15. C. de rei ux. act. 5, 13*).

Außerdem reformirte Justinian, die bereits von Justin. I. betretene Bahn (*l. 19. C. de don. a. nupt. 5, 3*) verfolgend, die *donatio ante nuptias* dahin, daß sie als nur uneigentliche Schenkung von dem für Gatten bestehenden Schenkungsverbot ausgeschlossen, also auch während der Ehe bestellbar (daher seitdem *don. propter nuptias*) und selbst der gerichtlichen Insinuation nicht bedürftig sei (*Nov. 97. c. 1. 2; Nov. 119. c. 1; Nov. 127. c. 2*). Diese *d. pr. n.* erscheint im Justin. Recht als eine vom Ehemann in gleichem Betrag mit der empfangenen Dos pflichtmäßig zu gewährende Gegengabe (*antipherna*), welche mit der Dos zur wirthschaftlichen Fundirung der Ehe dienen soll (*et nomine et substantia nihil distat a dote: l. 20. C. eod.*) und daher demselben Veräußerungsverbot unterliegt (*§ 3. J. de donat. 2, 7; Nov. 61. c. 1*).

§ **974**] VII. Die Ehestandsreformen Justinian's erstreckten sich auch auf das Schicksal der Dos und *don. pr. nupt.* nach Auflösung der Ehe. Er bestimmte, daß die *uxor sui juris*, wenn sie die Ehe überlebt, ihr Rückforderungsrecht transmittirt, daß die Erben der Frau (*sui* oder *alieni juris*), wenn durch ihren Tod die Ehe aufhört, das Rückforderungsrecht betreffs der *dos adventicia* stets, betreffs der *profecticia* aber wenigstens für den Fall des Todes ihres Bestellers haben, daß ferner, wenn die Frau noch in väterlicher Gewalt ist und die Ehe überlebt, ihr Gewalthaber gemeinsam mit ihr, d. h. nicht gegen ihren Widerspruch Rückgabe fordern könne und zwar mit der Wirkung, daß eine *dos adventicia* adventicisches Kindergut der Wittwe werde, eine *dos profecticia* aber der Wittwe als Heirathsgut für eine etwaige 2. Ehe bleiben solle (*l. un. C. de rei ux. act. in ex stip. actionem transfusa 5, 13; Nov. 97. c. 5*).

Die vererblich gemachte Dotalklage wurde allgemein *actio ex stipulatu* genannt, sollte aber den freien Karakter der *rei uxoriae actio*

tragen (*l. un. pr. C. cit.*). Außerdem gewährte Justinian der Frau die *rei vindicatio* betreffs der bei Auflösung der Ehe noch vorhandenenen Dotalsachen (*l. 30. C. de jure dot. 5, 12*), hob die schon von Theodos. II. beschränkten *retentiones ex dote* (mit Ausnahme der *propter necess. impens.*) auf (*l. un. § 5. C. cit.*) und bestimmte als Restitutionsfrist für Forderungen und Mobilien 1 Jahr, für Grundstücke sofortige Restitution (*l. un. § 7. C. cit.*). Auch das Schicksal der *don. propt. nupt.* ward in Uebereinstimmung hiermit geordet (*Nov. 98. c. 1; Nov. 117. c. 10. 13; Nov. 127. c. 3*).

§ **975**] VIII. Die *patria potestas* anlangend, wurde das eigentliche Verkaufsrecht von Diocletian (*l. 1. C. de patr. q. fil. 4, 13*), das *jus vitae ac necis* von Constantin (*l. un. C. de his qui par. v. lib. 9, 17*), die *noxae datio* von Justinian (*§ 7. J. de nox. act. 4, 8*) grundsätzlich aufgehoben. Auch die partielle Vermögensselbständigkeit des *filiusfamilias* ward theilweise vielleicht schon vor und jedenfalls seit Constantin bemerkenswerth erweitert durch die Bestimmungen, daß Alles, was einem solchen aus Anlaß eines öffentlichen Amtes oder durch Advocaturgeschäfte oder kaiserliche Liberalität zufließe, ihm als Eigengut (*peculium quasi castrense*) verbleiben (*Ulp. fr. 32. § 17. de don. i. V. et U. 24, 1; fr. 1 § 15. D. de coll. bon. 37, 6* [Interpolation?]; — *l. 4. 14. C. de advoc. 2, 7. C. de assess, 1, 51*), sowie daß aller Erwerb von der Mutter, und vom mütterlichen Stamm her (*bona materna et materni generis*) nebst den *lucra nuptialia* den Kindern wenigstens als Proprietät (mit beschränktem Dispositionsrecht und unter Belassung des Vaters in der Nutznießung und Verwaltung: s. g. *bona adventicia*) zukommen solle (*l. 1. 2. C. de bon. mat. 6, 60; l. 1. 8. § 5. C. de bonis, quae 6, 61; § 1. J. per qu. pers. 2, 9*).

Justinian endlich entwickelte dieses Adventiciensystem noch weiter dahin, daß er sämmtlichen nichtcastrensischen Erwerb, der nicht aus des Vaters reiner Liberalität herrührte, für *bona adventicia* (s. g. *peculium advent. regulare: l. 6. pr. — § 3. C. de bonis quae 6, 61*) und in gewissen Fällen das Erworbene sogar für frei von der väterlichen Nutznießung und Verwaltung erklärte (s. g. *pec. adv. irregulare: Nov. 117. c. 1*; *Nov. 118. c. 2*). Ja in *Nov. 118.* wandelte Justinian die Anwartschaft des Vaters auf das Militärpeculium in ein einfaches Erbrecht und hob damit dessen Peculiareigenschaft und die Vermögensfähigkeit der Hauskinder in der Hauptsache auf.

§ **976**] IX. Ein neues Rechtsinstitut der christlichen Kaiserzeit war die *legitimatio* als Begründungsart der väterlichen Gewalt über Concubinenkinder, welche dadurch den ehelichen gleich wurden. Nachdem zuerst Constantin die *leg. per subsequens matrimonium* (*l. 1. C. de nat. lib. 5, 27*), dann Theodos. II. die *leg. per. dationem curiae* d. h. durch Präsentation des Sohnes zu dem lästigen Decurionenamte (*l. 3. C eod.*) eingeführt hatten, bestätigte Justinian nicht bloß dies, sondern fügte eine neue Art, die *leg. per rescriptum Principis*, hinzu (*Nov. 74. c. 1. 2; Nov. 89. c. 9*).

Auch die *datio in adoptionem* unterwarf Justinian einer Reform, indem er dazu eine einfache actenmäßige Erklärung des Vaters für hinreichend erachtete (*l. 11. C. de adopt. 8, 48*), zugleich aber festsetzte, daß nur, wenn ein leiblicher Adscendent adoptirte, Austritt aus der bisherigen Gewalt (*adoptio plena: l. 10. pr. § 4. C. eod.*) erfolgen, außerdem der Adoptirte in der bisherigen Agnation verbleiben und gegen den Adoptivvater nur ein Intestaterbrecht erwerben solle (*ad. minus plena*).

Nachdem schon Anastasius die *emancipatio per rescriptum Principis* (s. g. *em. Anastasiana*) eingeführt hatte (*l. 5. C. emanc. 8, 49*), hob Justininian die *emanc. vetus* ganz auf und verordnete statt ihres Ritus einen gerichtlichen Act (*em. Justinianea*: *l. 6. C. eod.; § 6. J. quib. mod. 1, 12*), mit der Bestimmung, daß der Vater zum Ersatz für die Einbuße am Adventizgut Anspruch auf lebenslänglichen Nießbrauch an der Hälfte des regulären Adventizguts (s. g. *praemium emancipationis*) haben solle (*l. 6. C. cit.; § 2. J. per qu. pers. 2, 9*).

D. Erbrecht.

§ 977] I. Unter allen von Justinian unternommenen Reformen erscheinen die erbrechtlichen am eingreifendsten, die betreffenden Novellen gehören aber auch zu den am meisten bestrittenen. Das ist erklärlich nicht bloß aus dem Schwulst der kaiserlichen Kanzleisprache, die nichts einfach denken und correct ausdrücken konnte, sondern vornehmlich auch aus dem Widerstreit zweier Maximen in dem Gesetzgeber selbst, welcher zwischen dem Ehrgeiz eines epochemachenden Reformators und der politischen Festhaltung Römischer Traditionen schwankte, und theils vor dem Orient durch imponirende Schöpfungen, theils vor dem Occident durch Beachtung des Römerthums sich als Thronfolger der Cäsaren zu legitimiren begehrte. So bewegte sich von Anfang bis zu Ende sein Gesetzgebungswerk in gewundenen Linien, nirgends hat er grundsätzlich entscheidende Schritte gewagt. Wir sehen das an seiner *stipulatio inter absentes,* halbwüchsigen *literarum obligatio,* stipulatorischen Dotalklage, formellen Bewahrung der Peculiumidee, und nicht anders war es im Erbrecht, namentlich im Notherbrecht.

An vielen Stellen, wo der Abschluß vorbereitet war, hat jedoch Justinian sich das Verdienst erworben, den letzten Schritt zu thun: so mit Abschaffung der Reste des Papischen Caducitätssystems (*l. un. C. de cad. toll. 6, 51*). Der alte Mancipationsritus bei Testamenten war schon vor ihm abgekommen (*l. 3. § 2. C. Th. de test. 4, 4; § 3. J. de testam. 2, 10*), er beseitigte auch die Cretionssolennität (*l. 17. C. de jure delib. 6, 30*). Er erkannte die neuen Formen öffentlicher Testamente: das *testamentum Principi oblatum* und *apud acta conditum,* an (*l. 19. C. de test. 6, 23; § 3. J. cit.*) und gab oder bestätigte die Bestimmungen über das s. g. *testam. ruri* und *tempore pestis*

conditum (*l. 8. 31. C. eod.*), sowie über das s. g. *test. parentum inter liberos* (*l. 21. § 3. eod.; Nov. 107. c. 1*).

Auch die seit Constantin bemerkbare Annäherung der Codicillform an das Testament (*l. 7. § 2; l. 11. C. Th. de test. et cod. 4, 4; l. 8. § 3. C. J. de codic. 6, 36*) brachte Justinian zum Abschluß durch die Bestimmung, daß 5 Zeugen nothwendig und genügend seyn sollten, ohne Unterschied der testamentarisch bestätigten und nicht bestätigten Codicille (*l. 8. C. eod.*), daß aber auch formlose unmittelbar an den Erben gerichtete Vermächtnißauflagen (s. g. Oralfideicommisse oder *fideicommissa heredi praesenti injuncta*) erfüllt werden müßten, wofern sie vom Onerirten nicht eidlich abgeleugnet werden könnten (*§ 12. J. de fid. her. 2, 23*).

Zum Widerruf eines Testaments sollte, wenn ein Decennium (seit Errichtung oder seit Widerruf?) verstrichen, die Erklärung zu den Acten oder vor 3 Zeugen genügen (*l. 27. C. de testm. 6, 23*).

§ **978**] II. Das Intestaterbrecht anlangend beseitigte Justinian, alle bisherigen Ausgleichungsversuche zusammenfassend, die letzten Reste des alten Agnationsprincips: er gab der Mutter neben den Geschwistern eine Virilportion ohne Rücksicht auf *jus liberorum* (*l. 2. C. de jure lib. 8, 59*), erstreckte das Descendentenerbrecht auf die entfernteren Grade (*l. 12. C. de suis 6, 55;* dazu *Nov. 18. c. 4*), beseitigte die Voconische Frauenbeschränkung (*l. 14. pr. C. de legit. her. 6, 55*), stellte die emancipirten Geschwister, die Schwesterkinder und Kinder emancipirter Geschwister den übrigen gleich (*l. 15. eod.*), und verallgemeinerte das Princip der *successio graduum* (*§ 7. J. de leg. agn. 3, 2*).

Zum Abschluß gelangte diese Reform Justinian's in den berühmten Novellen 118 und 127 (v. J. 543. und 547), wonach vier verwandtschaftliche Erbkreise unterschieden werden: 1) Descendenten, 2) Adscendenten und vollbürtige Geschwister und (seit *Nov. 127*) deren Kinder, 3) halbbürtige und Adoptiv-Geschwister nebst Kindern 1. Grades, 4) die übrigen Seitenverwandten nach Gradesnähe — ohne Unterschied väterlicher und mütterlicher Verwandschaft, männlichen und weiblichen Geschlechts, in der Regel mit Kopftheilung, und nur beim Einrücken von Nachkommen in die Stelle eines Verstorbenen mit Stammtheilung (*§ 6. J. de her. qu. ab int. 3, 1*).

In Ermangelung rechtmäßiger Ehefrau und Descendenz sollte zwischen Vater und Concubinenkindern Intestaterbrecht auf ein Sechstel der Erbschaft (mit einem Kopfantheil der Concubine) bestehen (*Nov. 18. c. 5; Nov. 89. c. 12. § 4. 6*), die unbemittelte Wittwe sollte ein Viertel, bez. neben wenigstens 3 Kindern einen Kopftheil erhalten (*Nov. 53. c. 6. pr. § 2. i. f.; Nov. 117. c. 5*). Wie die Patronskinder, so sollte nun auch der Patron selbst hinter den leiblichen Descendenten seiner Freigelassenen zurückstehen (*l. 4. C. de bon. 6, 4:* restituirt!) Mit Aufhebung des alten Mancipationsritus war das quasipatronatische Erbrecht beseitigt.

§ **979**] III. Das (formelle und materielle) Notherbrecht anlangend, stellte Justinian zunächst betreffs der Präteritionswirkung alle Noth-

den Söhnen gleich (*l. 4. C. de lib. praeter. 6, 28*), bestimmte für alle Fälle bei theilweiser Bedenkung die ausschließliche Zulässigkeit der persönlichen Ergänzungsklage (*l. 30. C. de inoff. test. 3, 28*) und erhöhte den Pflichttheil auf ⅓, bez. ½ der Intestatportion (*Nov. 18*).

Einen Abschluß dieser Reform versuchte Justinian in der zu einer Quelle von Streitigkeiten gewordenen *Nov. 115.* (v. J. 542). Hiernach sind sowohl Descendenten als auch Adscendenten entweder als Erben und zwar mit einer Zuwendung einzusetzen oder aber unter Angabe eines nachweisbaren Ausschließungsgrundes zu enterben; bei beschränkter Erbeinsetzung kann der Rest des Pflichttheils *titulo singulari* zugewendet werden, aber nicht jeder willkürliche, sondern nur einer der gesetzlich anerkannten (14, bez. 8) Enterbungsgründe genügt. Das im Verletzungsfall gegen das Testament gewährte Anfechtungsmittel aus der Novelle wird *querela nullitatis ex jure novo* genannt: dieselbe sollte wohl auch im Fall der Präterition eines *suus* oder *emancipatus* (statt der alten das ganze Testament umstoßenden *hereditatis petitio*, bez. *B. P. c. t.*) Platz greifen (s.g. Derogations- oder Reformsystem); ob aber jene Querel aus der Novelle die Natur der alten *querela inofficiosi testamenti* (s. g. Inofficiositätssystem) oder die einer neuen die Erbeinsetzungen umstoßenden, aber den übrigen Inhalt so weit möglich in Kraft lassenden Nullitätsklage habe (Nullitätssystem), ist bestritten.

Die *actio suppletoria ex lege 30. C. de inoff. test.* blieb ebenso bestehen, wie das alte bedingte Pflichttheilsrecht der Geschwister, rücksichtlich deren auch keine gesetzlichen Enterbungsgründe aufgestellt wurden. Unbestritten ist hier das Rechtsmittel noch die alte Querel.

Den Pflichttheil des Patrons (bez. der Descendenz) setzte Justinian auf ein Drittel herab, welches noch immer mit der *B. P. c. t.* geltend zu machen ist; leibliche Kinder des Freigelassenen schließen dieses Recht aus, auch fällt dasselbe bei geringfügigen Erbschaften (unter 100 *aurei*) weg (*l. 4. C. de bonis libert. 6, 4:* restituirt; *§ 3. J. de succ. libert. 3, 7*). Diese *B. P. c. t.* soll auch die den Kindern ausgesetzten Vermächtnisse, soweit sie überlasten, beseitigen, die Freilassungen aber in Kraft lassen. Im Fall unvollständiger Zuwendung soll die *actio suppletoria* Platz greifen (*l. 30. C. de inoff. test. 3, 28*).

§ **980**] IV. Stirbt der Berufene innerhalb der (auf 9 Monate, bez. 1 Jahr) gestellten Deliberationsfrist, so soll die Delation noch den Erben zugute kommen (*transmissio Justinianea: l. 19. C. de jure delib. 6, 30*). Der Erbe kann sich durch Erbittung des *beneficium inventarii* vor Haftung über den Werth der Erbschaft hinaus bewahren, muß aber solchenfalls antreten (*l. 22. eod.*).

Adscendenten können für ihre stummen und wahnsinnigen Kinder Erben ernennen (*substitutio quasi pupillaris s. Justinianea: l. 9. C. de impub. subst. 6, 26*). Nach Beseitigung des Papischen Rechts gewinnt

das alte Princip der (*re* und *verbis*) *conjunctio* seine volle Kraft wieder (*l. un C. de cad. toll. 6, 51*).

Seit Leo tritt das Collationssystem in eine neue Phase, welche von Justinian bestätigt wird; hiernach haben in der Erbfolge concurrirende Descendenten ohne Unterschied Alles, was sie bei Lebzeiten des Erblassers von diesem Voraus erhielten, in die Erbmasse einzuwerfen (*l. 17—20. C. de collat. 6, 20; Nov. 18. c. 6*).

Legate und Fideicommisse wurden in allgemeine Uebereinstimmung gebracht (*§ 3. J. de legat. 2, 20; l. 2. C. comm. de legat. 6, 43*) und ihnen die *donationes mortis causa* so viel als möglich gleichgestellt (*§ 1. J. de don. 2, 7; l. 4. C. de m. c. don. 8, 57*). Im Fall freiwilligen Erbantritts sollen auch, wenn überlastenden Fideicommissen gegenüber die Quart *ex Scto Pegasiano* abgezogen wird, die Wirkungen des *Sctum Trebellianum* eintreten (*§ 7. J. de fideic. her. 2, 23*).

VI. Kapitel.

VI. Klagen- und Proceßrecht.

§ 981] I. Klagenverjährung.[1] Während bisher das Recht der Klagerhebung (aus dinglichem oder obligatorischem Recht) regelmäßig (d. h. mit Ausnahme prätorischer, ädilicischer und gewisser vor den Centumviralhof gehörender Klagen) ohne zeitliche Beschränkung war, verordnete Theodos. II. unter Bestätigung der bereits geltenden kürzeren Fristen, daß alle Klagen verjähren sollten, wenn sie nicht binnen 30 Jahren von dem Tage ihrer möglichen Anstellung an (*actio nata*) vor Gericht anhängig gemacht, d. h. bis zur Vorladung des Beklagten (*commonitio*) gebracht würden (a. 424: *l. 3. C. de praescr. annor. 7, 39*). Auf Grund dieser im Interesse der Rechtssicherheit gegebenen Bestimmung hießen seitdem *actiones perpetuae* alle nicht unter 30 Jahren verjährenden Klagen.

Für die bereits erhobenen, aber dann liegen gebliebenen Klagen ward eine 40jährige, von der letzten Gerichtshandlung an datirende Frist (*l. 6. C. eod.*), und eine gleiche Frist von Justinian für die den Kirchen und milden Stiftungen zustehenden Klagen eingeführt (*Nov. 111. 131. c. 6*).

§ 982] II. Gerichtsverfassung.[2] Die rechtbildende Macht der Proceßmagistrate entsprach dem Geist der neuen Zeit, welchem der Kaiser als „allgemeiner Reichsmagistrat" galt, nicht mehr, während anderseits eine Concentrirung aller processualen Functionen in dem Proceßbeamten allgemeines Bedürfniß geworden war. So ward den Proceßmagistraten das *jus dicere* im alten höheren Sinn entzogen und dafür das *sententiam ferre* übertragen, d. h. die ehemalige Gliederung

des Verfahrens in *jus* und *judicium* (als Regel) beseitigt, und der Magistrat wesentlich zum Spruchrichter gemacht. Diese durchgreifende Proceßumgestaltung, welche als eine Verallgemeinerung der *extraordinaria cognitio* der classischen Zeit bezeichnet werden kann, hatte zum Urheber Diocletian (*l. 2. C. de pedan. judic. 3, 3*), welcher nur für geringfügige Rechtssachen noch den Magistraten gestattete, durch besondere Spruchrichter (*judices pedanei*), d. h. delegirte Unterbeamte, sich vertreten zu lassen: auch diese übernahmen dann Instruction und Entscheidung zugleich.

Nachdem in der Reichseintheilung Constantin's die Provinzialverbände als Grundlage der Gerichtsverfassung zerrissen worden, wurden sämmtliche Gerichte permanente Justizhöfe, und der Instanzenzug zu einer „allgemeinen Gerichtshierarchie" ausgebildet. Die erste Instanz bildeten für Rom und Constantinopel die *Praefecti Urbi*, in den Provinzialstädten die Stadtbeamten (die *Duo-* und *Quatuorviri*) und außerhalb der Städte die *Proconsules, Praesides* und *Rectores provinciarum.* Mittelinstanz waren die 4 *Praefecti Praetorio* und deren *Vicarii*, die oberste der Kaiser selbst. Specialjurisdictionen bestanden für die Soldaten (*Judices militares, Comites, Magistri militum*), für Geistliche (*Episcopi*) und für Fiscalsachen (*Rationales* und *Comites rei privatae*).

§ 983] III. Proceß.[3] Die Einleitung desselben, der nun immer in geschlossenen Räumen geführt wurde, geschah seit Constantin, welcher die *Formulae* definitiv beseitigte (*l. 1. C. de form. 2, 58*), zu Protocoll (*litis denuntiatio ad acta*), unter Justinian durch Ueberreichung einer vorläufigen Klagschrift (*libellus conventionis*). Im Termin begann die Verhandlung (*causae cognitio*) mit der *narratio* des Klägers und *contradictio* des Beklagten: beides zusammen hieß nun *litiscontestatio* (*l. 14. § 1. C. de judic. 3, 1; l. un. C. de lit. cont. 3, 9; Nov. 96. c. 1*). Der ganze Proceß durfte nicht über 2 (Constantin), späterhin nicht über 3 Jahre währen (*l. 13. C. de jud. 3, 1*). Die Sentenz brauchte nicht mehr auf Geld gerichtet zu seyn (*§ 32. J. de act. 4, 6*), und der *plus petitio* ward ihre Gefährlichkeit genommen. Die Execution ward jetzt auf einzelne Vermögensstücke des Verurtheilten gerichtet (Specialexecution: *l. 10. C. de bonis auctor. jud. 7, 72*), außer bei Ueberschuldung (*curator bonorum*).

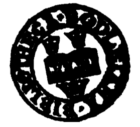
Entsprechend dieser Proceßgestalt, welche die Grundlage unseres heutigen gemeinen Civilprocesses geworden ist, verloren die Unterscheidungen von *actiones in jus* und *factum, directae* und *utiles, arbitrariae, praescriptis verbis*, sowie die formellen Momente der *bonae fidei* und *stricti juris actiones*, der *exceptio* und *litiscontestatio* ihre wesenhafte Bedeutung. Die processuale Consumtionskraft der letzteren paßte, obschon die Namen der *exceptio rei in judicium deductae* und *rei judicatae* bestehen blieben, in das Justinianische System nicht mehr herein und war völlig destruirt (s. z. B. *l. 28. C. de fidej. 8, 41*); für

viele Beziehungen trat nun die Klaginsinuation an die Stelle der Litiscontestation. Der Proceß, im Ganzen seiner alten karakteristischen Formen entkleidet, hatte den Rahmen der classischen Antike eingebüßt.

Literatur: 1) v. Savigny System d. R. R. V. (Berl. 1841) S. 265—440. Dahn Ueber die Wirkung d. Klagenverjährung bei Obligationen (München 1855). Demelius Geschichte der Klagenverjährung (in d. Untersuchung aus d. Röm. Civilrecht I. Weim. 1856). — 2) Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. § 2. 11. 85. 98. v. Bethmann-Hollweg d. Röm. Civilproceß III. (Bonn 1866) S. 35—226. — 3) Ders. S. 227—352. Wieding d. Justinianische Libellproceß (Wien 1865). Stintzing Formeln des Justin. Processes (i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. S. 321 ff. VI. S. 269 ff.

Corrigenda et Addenda.

S. 33 Z. 5 v. o. lies: 5, 2.
„ 49 „ 17 „ u. „ Stammgemeinden der
„ 115 „ 21 „ o. „ (v. J. -45)
„ 129 „ 1 „ „ „ (Brut. 41);
„ 133 „ 16 „ u. „ Ders. I. S. 597—
„ 156 „ 22 „ „ „ *innumerabilium*
„ 162 „ 18 „ o. „ Gaius (4, 39)
„ 202 Anmerkung „ Kapitel No. V.
„ 210 „ „ „ „ „
„ 217 „ „ unten § 328 und Excurse zu diesem Kap. No. II.
„ 227 Z. 14 v. o. „ die beiden Systeme des
„ 237 „ 3 „ „ „ S. 390—6. Vergl. denselben in Bekker's Jahrb. d. gemein. R. II. S. 335—341, wo für jene Gesetze zum Theil eine andere Entstehungszeit nachgewiesen wird.
„ 247 Anm. **) lies: Kapitel No. II.
„ 249 Z. 12 v. u. „ nicht unbedingt zu
„ 262 „ 2 „ „ „ und diese
„ 286 „ 15 „ o. „ abzweigt
„ 298 „ 11 v. u. „ Solennitäts- und
S. 335 Z. 24 v. o. lies: 5) Ueber
„ 347 „ 23 „ „ „ *acquiritur, sicuti*
„ 351 „ 26 „ „ „ zu Unzuträg-
„ 363 „ 23 „ „ „ *actoris computandae*
„ 366 „ 8 v. u. „ 184. — 7) v. Savigny
„ 374 Anm. „ S. 335. N. 4.
„ 378 „ **) „ Kap. 26 u. 27.
„ 416 „ *) „ *usus servitutis* die
„ 420 im Col.-Tit. „ 22. Kapitel.
„ 449 Z. 13 v. o. „ *pecunia salvam*
„ 459 „ 16 „ u. „ der Superficies
„ 502 Anm. †) „ Cursus § 332
„ 519 Z. 17 v. u. „ *stipulatus est*
„ 524 „ 7 „ „ „ auf den Erben des Bürgen
„ 552 „ 16 „ „ „ Gewinn- oder Verlusttheile.
„ 557 Col.-Titel lies: Schuldrecht. *Mandatum*.
„ 635 Z. 11 v. u. lies: Mancipium
„ 667 „ 10 „ o. „ *Papia Poppaea*
„ 676 „ 17 „ u. „ *Scto Silaniano*
„ 720 „ 3 „ „ „ faßte man.



Druck von Ackermann & Glaser in Leipzig.

